

Alberto J. Montero

Derecho y moral

Estudio introductorio

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

DERECHO Y MORAL
ESTUDIO INTRODUCTORIO

Alberto J. Montero

DERECHO Y MORAL
ESTUDIO INTRODUCTORIO

Tres autores
Hart, Dworkin y Raz

FACULTAD DE DERECHO
UNAM

Derecho y moral. Estudio introductorio

Jimi Alberto Montero Olmedo

amontero@derecho.unam.mx

Primera edición: 29 de abril de 2011

© D.R. Universidad Nacional Autónoma de México

Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510, México, D.F.

FACULTAD DE DERECHO

Prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio, sin autorización escrita de su legítimo titular de derechos.

ISBN: 978-607-02-2303-7

Impreso y hecho en México.

*A mi madre Gloria Olmedo Villegas,
mi padre Javier Montero Muñoz,
César Montero Olmedo
y Olivia Gómez Lezama
por su apoyo incondicional.*

ÍNDICE

<i>Presentación</i>	13
<i>Introducción</i>	15

CAPÍTULO PRIMERO EL POSITIVISMO DE H. L. A. HART

I. NOTA INTRODUCTORIA	23
II. LA CRÍTICA A LA CLAVE DE LA JURISPRUDENCIA DE JOHN AUSTIN	24
1. La clave de la jurisprudencia	26
2. Hábito de obediencia y el soberano ilimitado	30
III. LAS REGLAS JURÍDICAS Y LAS REGLAS SOCIALES	33
IV. EL DERECHO COMO SISTEMA DE REGLAS PRIMARIAS Y DE REGLAS SECUNDARIAS	35
1. La necesidad de la regla en el sistema normativo	36
2. El sistema de reglas primarias y secundarias como clave de la jurisprudencia	37
3. La importancia de la obligación para la explicación del derecho como sistema de reglas primarias y secundarias	38
4. El mundo prejurídico y el mundo jurídico	42
V. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO	46
1. Certidumbre y regla de reconocimiento	46

Índice

2. Regla de reconocimiento y la validez	48
3. Cuestiones disputadas en la regla de reconocimiento	50
4. La regla de reconocimiento como regla última	53
VI. EL ANÁLISIS LINGÜÍSTICO DEL DERECHO	53
VII. LA TESIS DE LA SEPARACIÓN CONCEPTUAL ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL	57
1. La distinción entre la idea específica de la justicia dentro de la esfera general de la moral	59
2. ¿Es la obligación jurídica una obligación moral? Puntos de correspondencia y distinciones	62
3. El contenido mínimo de moral	64
VIII. LA ZONA DE CERTIDUMBRE Y LA ZONA DE INCERTIDUMBRE JURÍDICA	69
1. Escepticismo jurídico	71
2. Formalismo jurídico	72
3. Derecho y moral en el modelo de interpretación de las normas	73
IX. <i>POST SCRIPTUM</i> AL CONCEPTO DEL DERECHO.	75

CAPÍTULO SEGUNDO

EL POSITIVISMO DE JOSEPH RAZ

I. NOTA INTRODUCTORIA	83
II. RAZONES PARA LA ACCIÓN	84
III. LA RELACIÓN ENTRE LAS REGLAS Y LAS RAZONES PARA LA ACCIÓN	93
IV. TIPOS DE NORMAS JURÍDICAS.	95
1. Normas de mandato	96
2. Normas no de mandato	102
V. TEORÍA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS	106
1. Los sistemas normativos	106

2. Sistemas jurídicos	109
VI. EL CONCEPTO DE AUTORIDAD EN RAZ	116
VII. LA AUTORIDAD DEL DERECHO	117
1. Las razones, el derecho y la autoridad.	117
2. Carácter autoritativo del derecho.	120
VIII. DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL.	125
1. Distinción entre derecho y moral en las razones.	125
2. Las falacias de la vinculación entre derecho y moral	126
3. La tesis de las fuentes sociales y la postura excluyente	129

CAPÍTULO TERCERO

EL ANTIPOSITIVISMO DE RONALD DWORKIN

I. NOTA INTRODUCTORIA	139
II. LA CRÍTICA AL POSITIVISMO JURÍDICO	140
1. El problema moral subyacente al análisis lingüístico del derecho	140
2. Análisis de los fundamentos de la teoría dominante	142
3. Vuelta a Hart y a la regla de reconocimiento.	143
III. EL MODELO DE LAS NORMAS.	146
1. La construcción del modelo de las normas	147
2. La juridicidad de las normas	149
IV. LOS PRINCIPIOS MORALES	156
V. LAS DIRECTRICES POLÍTICAS	158
VI. LA DIFERENCIA ENTRE PRINCIPIOS Y NORMAS	159
VII. LOS CASOS DIFÍCILES	161
VIII. EL PROBLEMA DE LA DISCRECIONALIDAD.	163
IX. EL JUEZ HÉRCULES Y LAS LIMITACIONES EN LA PRÁCTICA JURÍDICA	166

Índice

1. La tarea de Hércules	166
2. Hércules teórico-constructor	168
3. Reconsiderando algunos tópicos	170
X. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN COMO SÍNTESIS DE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL	174
1. Tesis de los derechos	174
2. La primacía de los derechos y la integridad	179
3. La novela en cadena	182
4. Activismo y constructivismo judicial	183
5. Los derechos en serio	185

EPÍLOGO

I. EL IUSPOSITIVISMO INCLUYENTE DE H. L. A. HART	189
II. EL IUSPOSITIVISMO EXCLUYENTE DE JOSEPH RAZ.	195
III. EL ANTI-IUSPOSITIVISMO DE RONALD DWORKIN.	203

FUENTES CONSULTADAS

<i>Bibliografía</i>	213
<i>Revistas y publicaciones periódicas</i>	217

PRESENTACIÓN

UNO DE LOS OBJETIVOS DEL PROYECTO EDITORIAL IMPULSADO POR LA FACULTAD de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México es el de incentivar la investigación y producción de conocimiento; por lo que se apoya la publicación de obras que permitan la difusión del pensamiento y la cultura jurídica; tanto en los temas clásicos del derecho, así como los de frontera. Para lograrlo, los resultados de investigaciones, así como aquellas tesis que dan cuenta de un tema desde un enfoque novedoso, son publicados en versiones impresa y electrónica. El objetivo es crear una colección de trabajos que permita a los alumnos e interesados conocer los temas y problemas del derecho actual, así como sus propuestas de solución.

Esta obra se publica con ese propósito, la cual precisamente se ocupa de uno de los temas que para varios de los autores contemporáneos es el más importante de la discusión iusfilosófica: el de la relación o distinción entre el derecho y la moral. Entre sus problemas específicos destacan aquellos que se refieren a su relación o distinción al momento de dar cuenta del derecho; la injerencia de argumentos morales en las decisiones jurisdiccionales; el empleo de criterios morales que permitan reorientar la labor del legislador al momento de crear o reformar las leyes; así como la tesis que sostiene que un mayor conocimiento sobre los temas de la moral y la ética proporciona a los abogados más elementos de juicio para argumentar ante las autoridades jurisdiccionales las posibles soluciones de casos complejos.

El trabajo que se ofrece al lector, intitulado *Derecho y moral. Estudio introductorio* da cuenta de ese interés por desentrañar las no siempre fáciles relaciones entre el derecho y la moral, así como de algunas de sus consecuencias dentro de las teorías del derecho más importantes en los últimos años, me refiero a las de Hart, Raz y Dworkin. Aunque el tema es complejo, el autor lo

Presentación

desarrolla de manera clara; se coloca en la situación del lector que se inicia en su estudio, así como en el caso de quien por interés general desea obtener mayor información sobre el tema. La obra cumple con el propósito de ser un texto de introducción y divulgación.

Sin entretener más al lector e interesado en la obra que nos ofrece Jimi Alberto Montero profesor del área de filosofía del derecho y colaborador administrativo de la Facultad de Derecho, manifiesto mis mejores deseos para que su trabajo motive nuevas discusiones y sea un material de ayuda para los alumnos e interesados en el tema del derecho y la moral.

Febrero de 2011
Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria
Ruperto Patiño Manffer

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 [...]”

de importancia teórica, pues toda modificación en la forma en cómo concibamos 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.

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 refiramos, 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 reimpresión, 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.

CAPÍTULO PRIMERO

EL POSITIVISMO DE H. L. A. HART

A veces la tesis de que hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral no quiere decir más que esto: que un buen sistema jurídico tiene que adecuarse en ciertos puntos, tales como hemos mencionado ya en el último apartado, a las exigencias de la justicia y la moral.

H. L. A. HART
El Concepto del Derecho, p. 253.

I. NOTA INTRODUCTORIA

EL PROFESOR HART DA INICIO A SU OBRA *EL CONCEPTO DEL DERECHO* refiriéndose a la pregunta más constante en la filosofía jurídica: ¿qué es el derecho? La cual ha llevado a los estudiosos de este tema a desarrollar las más variadas y contrastantes respuestas. En la evolución del afán por encontrar la respuesta definitiva se ha recurrido frecuentemente a algunas otras preguntas, las cuales son consideradas por HART, no como errores, porque tanta insistencia en las mismas cuestiones debe tener algo de acertado. Así que el estudio minucioso de estas preguntas recurrentes y de la corriente de pensamiento jurídico predominante en Inglaterra, que es la de AUSTIN, constituyen el punto de partida, para que de los errores que se han cometido se elabore una teoría que explique al derecho en su justa dimensión, al menos la que HART debió considerar como tal.

Nuestro primer paso es seguir por el camino por el que el profesor HART ha llegado a la idea de lo que el derecho nombra, y de allí partir para estudiar la relación y/o distinción entre el derecho y la moral.

Varias son las cuestiones que debemos considerar para el estudio de la obra de HART y de la importancia que esta ha tenido en el pensamiento iusfilosófico contemporáneo, entre las que debemos destacar se encuentran las siguientes:

- a) Que al iniciar el estudio de la teoría de la clave de la jurisprudencia de AUSTIN, HART parte del análisis del pensamiento que mayor peso e importancia tuvo en el derecho anglosajón de su época.
- b) El cuestionamiento de la concepción tradicional que distingue entre el derecho que es, y el que debe ser, y que pone en evidencia las relaciones que existen entre el derecho y la moral, considerando la distinción

mencionada en cuanto aportación para diferenciar una moral buena de una mala, y a la buena como referente crítico del derecho¹.

- c) La tradición de pensamiento analítico que sustenta parte del pensamiento de la obra de HART, y que lo llevará a sostener una distinción conceptual entre el derecho y la moral, así como la teoría de la discrecionalidad, y la textura abierta de las normas.
- d) La pertenencia al pensamiento iuspositivista², la cual le proporcionará la dimensión teórica en la que su estudio se realiza, y en la que pone gran afán de no trastocar aquello que en el positivismo debe conservarse. De lo cual tenemos: el problema de juridicidad de las normas y su relación con el pedigrí, la propia idea de la separación conceptual entre el derecho y la moral, y la función de esta última como un criterio referente de crítica para el derecho³.

II. LA CRÍTICA A LA CLAVE DE LA JURISPRUDENCIA DE JOHN AUSTIN

HART inicia su obra *El Concepto del Derecho*, planteando tres problemas que establecerán los derroteros por los cuales se desarrollará la obra en comento y gran parte de su pensamiento. Estos tres problemas de manera resumida se refieren a lo que se recurre con mayor frecuencia al dar una definición de lo que es el derecho.

¹ HART, H. L. A. *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*. Trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Argentina. Depalma, 1962, *Cfr.* págs. 6-13.

² *Ibid.* *Cfr.* p. 16. Menciona cinco de los significados del positivismo contemporáneo, y hay que enfatizar que ni a HART ni a KELSEN se les puede considerar analíticos en el sentido de concebir sistemas normativos lógicamente cerrados.

³ *Ibid.* Las aportaciones de BENTHAM y AUSTIN a la distinción entre derecho y moral, son consideradas con mucho cuidado por parte de HART. Incluso demuestra que los mencionados juristas admitían que reglas morales formarían parte del sistema normativo, y que la distinción era de carácter científico a fin de distinguir el derecho de otras reglas, aún cuando no admitieron los puntos de intersección entre derecho y moral. *Cfr.* especialmente págs. 11, 12 y 27.

- 1) Que la característica más destacada del derecho en todo tiempo y lugar, es que su existencia significa que ciertos tipos de conducta humana ya no son optativos sino obligatorios⁴.
- 2) Es difícil distinguir entre las conductas no optativas impuestas por el derecho, y las que la moral impone, pues ambas comparten vocabulario y la idea de justicia parece unir las⁵.
- 3) Casi nadie pone en duda que un sistema jurídico consiste en reglas, pero el problema es ¿qué son las reglas?

La pregunta de ¿qué es el derecho? lo lleva inmediatamente a referirse al pensamiento de AUSTIN⁶, y en especial a su idea de la clave de la jurisprudencia. De la cual dice que AUSTIN ha participado también de la pretensión de reducir lo que se designa con la palabra derecho a una definición en la que se encierre todo lo que del derecho se pueda decir. Pero este deseo siempre ha sido frustrado, pues a nadie ha satisfecho y todos los sistemas creados en torno a la construcción de esta definición han sido criticados de reduccionistas.

Por su parte HART critica el modelo de derecho de AUSTIN, pues de esta manera hace *tabula rasa* en el pensamiento jurídico anglosajón, y una vez deconstruido éste, crea su propia explicación de lo que el derecho nombra: como sistema de reglas primarias y secundarias, aparato de interpretación, aplicación y funcionamiento.

La cuestión importante para HART de deconstruir la clave de la jurisprudencia de AUSTIN, es: primero fortalecerla de tal manera que pueda prever las correcciones que sus defensores puedan hacerle; y después encontrar los puntos insostenibles que le permitirán aprender de los errores cometidos, con el propósito de no repetirlos y construir su propia explicación.

⁴ HART, H. L. A. *El concepto del derecho*. Trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot, 1998. p.7.

⁵ *Ibid*, p. 8.

⁶ Tratamos el pensamiento de AUSTIN solo en cuanto HART lo refiere para elaborar su *Concepto del Derecho*, de tal manera que muchos temas importantes quedan sin ser tratados, tales como su concepción del derecho como un sistema, así como su distinción entre la jurisprudencia particular y la general. *Vid.* AUSTIN, John. *Sobre la Utilidad del Estudio de la Jurisprudencia*. Trad. Felipe González Vicen. Madrid, España. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981. *Cfr.* págs. 23-37.

Para ello, se avoca a tratar temas que son recurrentes en el pensamiento iusfilosófico, y que si en verdad han sido recurridos, es porque no todo puede ser equivocado. Entre estos temas se encuentran los siguientes:

El derecho como órdenes coercitivos, o la idea de órdenes respaldadas por amenazas. La cual quizá debido a su propia simpleza, tuvo un gran auge en la teoría del derecho anglosajón.

[...] si consideramos primero, en detalle, las deficiencias de la concepción que ha dominado en tan gran medida la teoría jurídica inglesa desde que AUSTIN la expuso. Me refiero a la pretensión de que la clave para comprender el derecho ha de hallarse en la noción de orden respaldada por amenazas, que el propio AUSTIN denominó “mandato” (*command*) [...] ⁷.

A esta pretensión de la clave de la jurisprudencia “órdenes respaldadas por amenazas”, le siguen otras más que se articulan a esta clave de la jurisprudencia, que hacen consecuente y explicable el pensamiento de AUSTIN respecto de lo que para él es el derecho. Estas ideas son: las de “soberano ilimitado e ilimitable” y “hábito y obediencia”. Estas al ser analizadas por HART desentraña sus inconsecuencias, limitaciones, y enseñanza, para decir lo que el concepto del derecho es. Veamos cómo deconstruye cada una de las ideas de AUSTIN, y con que fines lo hace.

1. LA CLAVE DE LA JURISPRUDENCIA

De fondo está la cuestión del origen del derecho y la crítica que HART hace a la teoría que utiliza el modelo de las órdenes coercitivas para el análisis del derecho. En realidad es el modelo seguido por AUSTIN para explicar el origen del derecho (creado por un soberano que dicta órdenes respaldadas por amenazas) que HART considera insostenible, ya que no en todos los sistemas normativos existen solo reglas creadas por el soberano que son utilizadas por los tribunales para resolver las controversias. También se aplican costumbres que no necesariamente son aceptadas de manera expresa por la legislatura, y que empero no es prohibida su aplicación.

⁷ HART, H. L. A. *El Concepto del Derecho*, Op. Cit. en nota 4, p. 20.

No solo es insostenible esta teoría que pretende explicar el origen del derecho como órdenes respaldadas por amenazas, sino además también la forma en cómo concibe a las reglas de derecho (o su significado -lo que designan-) Afirmar que son órdenes respaldadas por amenazas significa que las reglas jurídicas son órdenes coercitivas. Esta descripción del derecho puede considerarse como un antecedente del pensamiento de Kelsen, en cuanto que él concibe al derecho como un orden coactivo⁸, y a la coacción como un elemento que diferencia la norma jurídica de cualquier otra norma de otro sistema normativo⁹.

Sin embargo, se debe reconocer que la idea y necesidad de autoridad es imprescindible para la explicación del derecho, pues aún cuando llevada al extremo la clave de la jurisprudencia es reducida a la orden dada por un asaltante: “[...] entrégueme el dinero o disparo [...]”¹⁰. Se debe ver que el mandato no es una apelación al miedo, sino al respeto a la autoridad¹¹. Y este respeto a la autoridad no debe ser confundido con la idea de hábito de obediencia, donde la primera refiere a cuestiones de un mínimo de moral, que adelante trataremos, y que hacen que la mayoría de las normas sean obedecidas porque se considera que es lo que debe hacerse; y por otra parte la idea de hábito, que como la propia voz lo indica, remite a la conducta que un grupo realiza de manera reiterada.

Mencionábamos que la crítica también se dirigía a la forma en cómo esta teoría concibe el derecho, que es como órdenes coactivas, la cual HART de manera expresa refiere en tres puntos que a continuación analizaremos en comparación con lo propuesto por John AUSTIN y Hans KELSEN. Aunque no debemos de perder de vista que la discusión de HART es directamente con AUSTIN y la corriente de pensamiento que él representa, que ha sido hasta su época la que mayor peso ha tenido en la jurisprudencia inglesa. Veamos lo que dice al respecto:

⁸ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Novena edición. Trad. Roberto J. Vernengo. México, Distrito Federal. Porrúa, 1997. *Cfr.* págs. 44-48.

⁹ *Ibid*, *Cfr.* p. 47.

¹⁰ HART, H. L. A. *El Concepto del Derecho*, *Op. Cit.* nota 4. p. 24.

¹¹ *Ibid*, p. 26.

Primero, aún una ley penal, que es la que más se le aproxima, tiene a menudo un campo de aplicación diferente al de las ordenes dadas a otros, porque tal norma puede imponer deberes tanto a quienes la han dictado y a los demás.¹²

Afirmar que las órdenes son dadas a otros significa que quien las da, queda excluido del cumplimiento de las mismas, lo cual no existe sino en un gobierno absolutista donde el déspota sea el legislador y último juez. Por ende, todos los beneficios obtenidos en seguridad y certeza a favor de los ciudadanos a quienes se dirigen estas leyes son dejados de lado. Sus defensores aducen que se debe entender al legislador (soberano que dicta las normas) en su doble aspecto, uno el de soberano ilimitado creador del derecho, y el otro en su carácter de ciudadano que también debe observar las leyes.

Esto no convence a ninguno de los detractores que no conciben la posibilidad de la existencia de dicho soberano como fuente creadora del derecho, y que sostienen que el origen del derecho por mas atractiva que suene esta forma de explicarlo, es más compleja, pues en ella se involucran cuestiones sociales y psicológicas que es menester recurrir a ellas para poder desentrañar lo que esta voz designa.

En segundo lugar, otras leyes difieren de las órdenes en que no requieren que las personas hagan algo, sino que pueden conferirles potestades; no imponen deberes sino que ofrecen facilidades para la libre creación de derechos subjetivos y deberes jurídicos dentro de la estructura coercitiva del derecho.¹³

En la *Teoría Pura del Derecho*, de Hans Kelsen, esta afirmación de que la norma no siempre imponga deberes y obligaciones, sino en ocasiones faculte potestativamente a los ciudadanos para realizar actividades diversas (crear dichas obligaciones y deberes a su arbitrio), no se contrapone a considerar que el derecho sea un orden coactivo.

El derecho es coactivo en el sentido no de que todas las reglas impongan una sanción si la conducta que se realiza es contraria a la ordenada, sino que la sanción es el referente que se realiza solo por el concurso y aplicación de diferentes reglas que implican: las sustantivas, adjetivas y orgánicas (conside-

¹² *Ibid*, p. 61.

¹³ *Ibid*.

rando aún a la costumbre.) Entiéndase esto en el supuesto si <A> es debe ser , donde <A> son todos los supuestos establecidos por diferentes reglas entre las que algunas otorgan esa facultad de dar libertad a la voluntad de los ciudadanos para crear obligaciones que una vez que existen se integran al mundo regido por el derecho, y son las consecuencias jurídicas: sanción.¹⁴

Y aquí la aportación que HART hace, es en el sentido de que el derecho no puede ser explicado por la existencia solamente de reglas que establezcan imperativos respaldados por sanciones, puesto que también hay reglas que sólo facultan a los ciudadanos a realizar determinados actos, potestades y facilidades como él las denomina, la cual “[...] queda oscurecida si se representa a todo el derecho como una cuestión de órdenes respaldadas por amenazas [...]”¹⁵.

Y de esta crítica surge la explicación del derecho como el concurso en forma de sistema normativo de dos tipos de reglas: las primarias, en las que “[...] se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no [...]”; y las secundarias, que “[...] establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas de tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. [...]”¹⁶

En tercer lugar, aunque sancionar una ley es en ciertos aspectos algo análogo a dar una orden, algunas reglas de derecho se originan en la costumbre y no deben su estatus jurídico a ningún acto consciente de creación de derecho¹⁷.

El derecho es un sistema de control social, que como tal tiene su origen en la propia sociedad, y en lo que ésta tiene por costumbre. Se puede admitir que exista algún sistema normativo que solo considere derecho a aquello que previamente ha sido sancionado, pero en la mayoría de sistemas jurídicos no existe impedimento alguno para que lo que es costumbre como tal no deba ser utilizado por los tribunales al momento de dirimir una controversia.

¹⁴ KELSEN, HANS. *Teoría Pura del Derecho. Op. Cit.* nota 8. p. 64.

¹⁵ HART, H. L. A. *El Concepto del Derecho, Op. Cit.* nota 4. p. 35.

¹⁶ *Ibid.* p. 101.

¹⁷ *Ibid.* p. 61.

E incluso, el propio sistema normativo puede contemplar el que se recurra a la costumbre cuando la regla no forme parte de las reconocidas como jurídicas.

Una concepción formal dentro del positivismo sostendría que sólo es derecho aquella regla que ha sido incorporada al sistema mediante la sanción o el proceso de creación de leyes. La tradición realista lo explicaría argumentando que derecho sólo es aquel que es aplicado por los tribunales. Aquí la cuestión de fondo tratada por HART y detallada en el capítulo 6, es que es posible sostener una conexión entre la costumbre y el derecho, distinguiéndolas.

2. HÁBITO DE OBEEDIENCIA Y EL SOBERANO ILIMITADO

La voz hábito en el sentido que AUSTIN le da, está íntimamente vinculada con la obediencia, concibiéndola a esta como “hábito de obediencia”. Por lo que concluye que en cualquier sociedad que exista o haya existido no es posible explicar la obediencia del derecho por el simple hábito, pues en cuanto éste se contrapone a nuestros deseos o pretensiones, en ese momento dejamos de obedecerlo de manera espontánea¹⁸.

Concluye HART la crítica a AUSTIN de esta manera:

[...] los hábitos no son ‘normativos’; ellos no pueden conferir derechos o autoridad a nadie.¹⁹ [...] La debilidad de la doctrina radica en que oscurece o desfigura el otro aspecto relativamente activo, que se advierte principalmente, aunque no en forma exclusiva, en los actos de creación, de identificación y de aplicación del derecho, realizados por los funcionarios o por los expertos del sistema²⁰.

Otro punto que atañe a la idea de hábito, es la noción simple de órdenes respaldadas por amenazas dictadas por un soberano ilimitado, la cual no se sostiene o resiste la confrontación con la realidad.

Pues de la simple continuidad que el soberano que dicta las reglas debe tener, es menester introducirse un elemento ajeno a la propia definición de la

¹⁸ *Ibid*, p. 66.

¹⁹ *Ibid*, p. 75.

²⁰ *Ibid*, p. 77.

clave de la jurisprudencia, esto para hacer posible el tránsito de Rex I a Rex II, y así sucesivamente. Esta regla existe en todos los sistemas normativos y el simple hábito no lo puede explicar en cuanto que los súbditos del nuevo Rex no lo tendrán si éste empieza a gobernar.

La clave de la jurisprudencia no puede explicar la continuidad del soberano ilimitado, si no es acudiendo a reglas ajenas que ya no forman parte de esta clave. Sólo de esta manera se puede tener la continuidad necesaria del sistema normativo.

Por otra parte la aceptación tácita del soberano de hoy respecto de las reglas dictadas anteriormente a él, trae la inconsecuencia de sostener que todas las reglas: las pasadas y las actuales son derecho, y que pueden aplicarse de manera indistinta. Pero para HART esta es la salida fácil ante la imposibilidad de explicar por qué algunas reglas antiguas se continúan aplicando.

En el mundo imaginario de Rex deben de distinguirse las enunciaciones que éste haga con un carácter meramente personal de aquellas que haga con el propósito de que deban de ser obedecidas, las cuales serán las órdenes respaldadas por amenazas. Pero en la definición simple del derecho que reduce este a las órdenes antes mencionadas, no existe la regla que regule la distinción que deba de hacerse. En este tenor, se hace necesario entonces que el súbdito (ciudadano moderno) sepa distinguir una regla que lo constriñe a su cumplimiento de aquella que simplemente sea un hábito. Y esta regla que será la de reconocimiento, que junto con el sentido interno de las normas serán las que el ciudadano tendrá como instrumento para distinguir las reglas jurídicas de los hábitos y de las demás reglas sociales.

¿Qué debemos entender por lo ilimitado de Rex o del soberano en el caso de AUSTIN? Si concebimos que todo lo que diga debe ser obedecido, ya que constituyen ordenes respaldadas por amenazas, estamos entonces sujetos al peor de los gobiernos tiránicos, ya que “la concepción del soberano jurídicamente ilimitado desfigura el carácter del derecho en muchos Estados modernos en los que nadie cuestionaría que hay derecho.”²¹ De aquí que HART hable de límites no como deberes, sino como ausencia de potestades jurídicas, y resuma en los siguientes puntos las consideraciones importantes para la comprensión de un sistema jurídico.

²¹ *Ibid*, p. 85.

Primero: las limitaciones jurídicas a la autoridad legislativa no consisten en deberes impuestos al legislador de obedecer a algún legislador superior, sino en incompetencias en reglas que lo habilitan para legislar.

Segundo: para determinar que una regla sea derecho es menester remitirse únicamente a que ésta fue creada por un legislador que estaba habilitado para legislar de acuerdo con una regla existente.

HART se está refiriendo a que no se puede legislar sino existen previamente reglas que establezcan esa potestad. Estas reglas son las que en su explicación del derecho como un sistema de reglas, donde las primarias establecerán las facultades; y las secundarias han de referirse a los derechos y deberes que los ciudadanos tienen.

En tercer lugar: para demostrar que estamos ante un sistema jurídico independiente, basta con demostrar que las reglas primarias y secundarias habilitan al legislador o confieren autoridad superior a quienes también tienen autoridad sobre otro territorio.

Cuarto: hay que distinguir entre una autoridad legislativa jurídicamente ilimitada y una que, aunque limitada, es suprema en el sistema.

Quinto: la presencia o ausencia de reglas que limiten al legislador es crucial, no así sus hábitos, que sólo ofrecen un medio de prueba indirecto para entender cómo legisla.

Debe considerarse al desarrollar todo lo que se refiera al soberano de que “[...] AUSTIN al elaborar la teoría, no identificó al soberano con la legislatura, ni siquiera en Inglaterra²² [...] pensaba, empero, que en toda democracia no son los representantes electos quienes constituyen o integran el cuerpo soberano, sino los electores [...]”²³ Empero, la crítica de HART es acertada, ya que es insostenible que se pueda identificar al soberano con el electorado, pues si el electorado es el que elige a la legislatura, y esta es la que crea las reglas (órdenes), entonces, no se puede identificar al soberano con los ciudadanos.

Estos argumentos contra la teoría “[...] son fundamentales en el sentido de que equivalen a la afirmación de que la teoría no es simplemente equivocada en el detalle, sino que la simple idea órdenes, hábitos y obediencia no puede ser adecuada para el análisis del derecho. Lo que hace falta, en cambio, es la noción de regla que confiere potestades, que pueden ser limitadas e ilimitadas

²² *Ibid*, p. 91.

²³ *Ibid*, p. 94-95.

[...]”²⁴, esta es la referencia más clara que HART hace antes de desarrollar su propia descripción de lo que el derecho es.

III. LAS REGLAS JURÍDICAS Y LAS REGLAS SOCIALES

Plantea HART las siguientes interrogantes: ¿Por qué razón una costumbre es derecho? ¿En qué consiste el reconocimiento jurídico de la costumbre? ¿A qué debe su estatus jurídico una regla consuetudinaria, si no es a la orden de un tribunal que la aplicó a un caso particular, o a la orden tácita del supremo poder creador de derecho? ¿Cómo puede ser la costumbre derecho a semejanza de la ley antes de que el tribunal la aplique?²⁵.

[...] Hay por cierto un punto de semejanza entre las reglas sociales y los hábitos: en ambos casos la conducta de que se trata tiene que ser general, aunque no necesariamente invariable [...]”²⁶ y hay tres diferencias salientes, las cuales son:

- 1) Los hábitos son cuestión de hecho en la que basta que converjan las conductas, aunque no exista ninguna regla, y tal convergencia no basta para constituir la existencia de una regla que exija esa conducta. A diferencia del hábito, la existencia de la regla social establece la pauta como criterio para que se haga una crítica a las conductas que se desvían en su cumplimiento.

De lo anterior surge la segunda distinción que HART hace:

- 2) La regla social convertida en una idea referente para la conducta da la pauta o patrón para la crítica a toda conducta que se desvíe de lo dispuesto en la regla. Pero ésta relación no sólo es de carácter unilateral como lo veremos adelante, sino que se retroalimenta, pues las reglas

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibid*, Cfr. p. 60.

²⁶ *Ibid*, p. 69.

sociales entre las cuales se encuentran las morales se convierten en vínculo que las liga con las reglas jurídicas en un margen para la crítica de las reglas del derecho en el plano deóntico, pues son referentes para criticar lo que el derecho debe de ser.

- 3) La tercera característica es de tal importancia, que sin ella no podríamos distinguir entre las reglas sociales y los hábitos, lo que denomina HART “el aspecto interno de las reglas.”²⁷

[...] el aspecto interno de las reglas es frecuentemente representado como una simple cuestión de sentimientos [...] lo que es necesario es que haya una actitud crítica reflexiva frente a ciertos modelos de comportamiento, en tanto, que pautas o criterios de conducta comunes y que ella se despliegue en la forma de crítica [...]²⁸

Solo con el propósito de mencionar la diferencia de la *Teoría Pura del Derecho* con el pensamiento de J. AUSTIN, podemos ver que en el caso de Kelsen, tampoco existe el problema de que una regla cuyo origen es la costumbre forme parte del derecho, ya que reconoce que el origen del derecho también es social, y que como sistema social se alimenta de la dinámica de la vida de la sociedad, y de esta manera satisface las necesidades de regular los nuevos aspectos creados por los humanos. Pero sí enfatiza que dicha regla social sólo adquiere el carácter de una norma jurídica en cuanto ésta es integrada al sistema normativo. Pues la cuestión del pedigrí (origen formal del derecho -legislación-) y la connotación de la norma fundante son los factores determinantes para distinguir lo que es o no es derecho.²⁹

Otro problema de la distinción entre las reglas sociales y las jurídicas, es la cuestión de juridicidad. Las reglas sociales como se ha visto comparten con las jurídicas las características de: la generalidad; la convicción por parte de quienes las reconocen, de que deben cumplirse; y la sanción dentro del cuerpo social para quienes no las cumplan. La sanción puede ser desde la exclusión, hasta la física, o el descrédito.

²⁷ *Ibid*, p. 64.

²⁸ *Ibid*, Cfr. pp. 71-72.

²⁹ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho..Op. Cit.* nota 8. p. 23.

Pero a pesar de las características mencionadas, el elemento distintivo es la juridicidad, lo que le da el carácter de ser jurídica, y la pertenencia al sistema de reglas primarias y secundarias en el caso de HART (sentido de pertenencia), o el pedigrí.

Y es por estas razones por las que una regla social de gran arraigo puede no ser jurídica, y a la inversa, una regla en desuso puede ser jurídica. En un Estado donde el derecho es escrito esta diferencia es notoria, pues derecho en principio es el que se encuentra escrito en los compendios de leyes, códigos, reglamentos, y por lo tanto tiene ese carácter de ser jurídico. Y por lo tanto lo que no pertenezca o forme parte de ese cuerpo escrito es regla social o moral, pero no jurídica. En la mayoría de los casos las mismas reglas jurídicas establecen los lineamientos para que una costumbre (que puede ser una regla social manifestada mediante la costumbre) o principio general del derecho pueda ser aplicado al caso en que así se requiera.

La distinción entre las reglas jurídicas y las sociales nos lleva al de la regla de reconocimiento, y al aspecto interno y externo de las reglas, que es con lo que el ciudadano común cuenta para poder diferenciar entre ambas. Esta cuestión la trataremos en donde desarrollemos el tema de la regla de reconocimiento.

IV. EL DERECHO COMO SISTEMA DE REGLAS PRIMARIAS Y DE REGLAS SECUNDARIAS

Como hemos mencionado anteriormente, la crítica a la teoría de AUSTIN reforzada por el propio HART le servirá para explicar su idea del concepto del derecho. De la teoría de AUSTIN ha demostrado que se aleja notoriamente de la realidad que nombra, por lo que su nueva explicación de lo que se denomina con la voz derecho será apegada a lo que se nombra cuando ésta se emplea.

Dice HART:

El tema principal de este libro es que son tantos los actos distintivos del derecho y tantas las ideas constitutivas de la estructura del pensamiento jurídico que requieren para su elucidación la referencia a uno o a ambos tipos de reglas,

que su unión puede ser considerada con justicia como la “esencia” del derecho, aunque los dos tipos de reglas no aparezcan juntos dondequiera se use correctamente la palabra “derecho” [...] ³⁰

En adelante nos ocuparemos del estudio de lo que denomina el sistema de reglas primarias y secundarias.

1. LA NECESIDAD DE LA REGLA EN EL SISTEMA NORMATIVO

Tal como ha sido desarrollado en los apartados 1.1, 1.2 y 1.3 de este capítulo, ahora cobra sentido pleno la aseveración que hace HART al decir que el fracaso de la explicación del derecho dada por AUSTIN, es, ante todo, por la imposibilidad de concebir a la clave de la jurisprudencia, las ideas de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas como el elemento definitorio del derecho, pues su combinación no da la idea de regla.

Al tratar el tema de la regla, HART explica que se deben distinguir dos tipos de estas:

Las de [...] tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no [...] las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas introducir nuevas reglas de tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas de primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, publicas o privadas [...] ³¹

La cita es quizá larga, pero vale la pena, pues en esta HART de manera breve esboza su teoría del derecho como un sistema de reglas primarias y secundarias.

Sin el concurso de un sistema que combine las reglas primarias y secundarias, para HART no es posible explicar al derecho. La idea de AUSTIN de “órdenes respaldadas por amenazas” no permitía la explicación de aquellas normas que no imponían ningún tipo de deber, sino que solo establecían fa-

³⁰ HART, H. L. A. *El Concepto del Derecho. Op. Cit.* nota 4. p. 193.

³¹ *Ibid*, p. 101.

cultades. Tampoco podría explicarse el aspecto dinámico del derecho, ni la introducción de nuevas normas, por lo que esto sólo es posible si concebimos al derecho como un sistema de reglas primarias que imponen deberes, y de las secundarias, que confieren potestades, aunadas estas a la existencia de reglas de cambio y de reconocimiento. En el caso de Kelsen, éste ha reducido las reglas secundarias a reglas complejas primarias, sosteniendo con ello que la estipulación de la sanción es la quintaesencia del derecho.³²

[...] una característica distintiva del derecho, sino la característica distintiva del mismo, consiste en la fusión de tipos diferentes de reglas [...]»³³.

2. EL SISTEMA DE REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS COMO CLAVE DE LA JURISPRUDENCIA

El supuesto del que HART parte para la descripción del derecho como un sistema de reglas primarias y secundarias es “[...] que defenderemos la tesis general que la combinación de estos dos tipos de reglas se encuentra lo que AUSTIN, erróneamente, creía haber hallado en la noción de ordenes coercitivas, a saber, ‘la clave de la ciencia de la jurisprudencia’ [...]”³⁴

Al iniciar su obra *El concepto del Derecho*, HART había hecho notar que los juristas habían constantemente discutido (en muchas ocasiones estérilmente) respecto de la definición del derecho, y que si han existido preguntas tan recurrentes, entonces vale la pena estudiarlas y tratar de responderlas. Así que el sistema de reglas primarias y secundarias constituye una parte esencial a la respuesta a esas preguntas recurrentes que tienen relación con la pregunta de qué nombra el derecho.

En la parte que se ha transcrito literalmente, HART pretende haber encontrado la clave de la jurisprudencia buscada por AUSTIN, empero encontramos que a HART no le obsesiona como a AUSTIN encontrar cual es la clave de la jurisprudencia, o el significado universal del derecho. Su pretensión es mos-

³² HART, H. L. A. *Derecho y Moral... Op. Cit.* nota 1. págs. 21 y 22.

³³ HART, H. L. A. *El Concepto del Derecho. Op. Cit.* nota 4. p. 61.

³⁴ *Ibid.* p. 102.

trar “[...] que la mayor parte de las características del derecho que se han presentado como más desconcertantes y que han provocado, y hecho fracasar, la búsqueda de una definición, pueden ser clarificadas mejor si entendemos estos dos tipos de reglas y la acción recíproca entre ellos [...]”³⁵

El sistema de reglas primarias y secundarias ha venido a formular una respuesta a la pregunta de AUSTIN de cuál es la clave de la jurisprudencia. Es probable que no en todos los casos se puedan encontrar estas características como constantes del derecho, pero al menos en los sistemas complejos actuales sí; por lo que el derecho como sistema de reglas primarias y secundarias nos dará mayores elementos para poder comprender lo que se nombra con la voz derecho: su estructura, funcionamiento y características.

Previo a la explicación del derecho concebido como un sistema de reglas primarias y secundarias debemos tratar el tema de la obligación, punto que ha sido de gran importancia para la mayoría de las teorías del derecho.

3. LA IMPORTANCIA DE LA OBLIGACIÓN PARA LA EXPLICACIÓN DEL DERECHO COMO SISTEMA DE REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS

El punto de partida de HART al igual que había sido el de AUSTIN, es el de la obligación “[...] donde hay normas jurídicas la conducta humana se hace en algún sentido no optativa, u obligatoria. Al elegir este punto de partida, la teoría estaba bien inspirada [...] nosotros también partiremos de la misma idea [...]”³⁶

Además de la regla como elemento imprescindible del derecho (como sistema normativo), es la de obligación, pues HART, considera un acierto el iniciar el estudio del problema de qué es el derecho, por los problemas recurrentes del derecho, y de la teoría de AUSTIN, de allí que le dedique gran atención antes de iniciar la explicación del derecho como un sistema de reglas primarias y secundarias, y que diga “[...] El enunciado de que alguien tiene o está sometido a una obligación, implica sin duda alguna la existencia de una regla [...]”³⁷

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ *Ibid*, p. 107.

La obligación impone un coto o límite a la conducta humana, pero cómo debe de ser entendida esta obligación, el análisis de la voz y su connotación permiten a HART el poder distinguir entre dos significados distintos que pueden encontrarse en esta voz, cuya consecuencia y efecto es distinto. Decir que alguien se “vio obligado”, y que “tenía la obligación de hacerlo”, aunque en ambas está mencionada la palabra obligación, sólo en la que refiere que se tiene la obligación la voz se usa en el sentido de estar constreñido al cumplimiento de lo ordenado independientemente de la voluntad del que se encuentra en esta situación. Decir se vio obligado, está ligada a la apreciación común de que de acuerdo a las circunstancias la persona debía de realizar la acción exigida.

Respecto de la reducción de que la conducta humana reaccione conforme a un cálculo de riesgo y beneficio para cumplir o no con la obligación sea esta en cualquiera de los dos sentidos antes mencionados, es aceptar que el derecho también puede ser reducido a una cuestión de predicción respecto de cual será el castigo que ha de recibir la persona que no de cumplimiento a lo obligado. Lo cual para HART no es posible de sostener, y a esta reducción opone dos objeciones.

La fundamental señala el hecho de que predecir que ocurrirá una sanción a quien realice determinada conducta; debe entenderse que la predicción refiere a la sanción como consecuencia y a la actualización del supuesto establecido en la norma como antecedente o causante.

De la segunda objeción HART dice que es más sencilla, parte del análisis lógico de dos proposiciones, una de ellas asevera lo siguiente:

[...] que una persona tiene obligación significa que era probable que él sufriera un castigo en caso de desobediencia [...] y la otra proposición con la que aparentemente guarda contradicción [...] sería una contradicción decir que dicha persona tenía una obligación, por ejemplo, la de presentarse a cumplir el servicio militar, pero debido al hecho de que consiguió huir de la jurisdicción, o pudo sobornar a la policía o al tribunal, no existe la mínima probabilidad de que sea aprehendido o de que se le aplique el castigo.³⁸

³⁸ *Ibid*, p.105.

No ocurre lo mismo en el caso de la predicción, en que no es posible sostener que: si una persona tiene una obligación a ésta le es correlativa una sanción. Esto es lo predecible, y si se contemplara la posibilidad de que existiendo la obligación, no existiera la sanción, o esta no fuera predecible, entonces, estaríamos ante una inconsecuencia de dicha teoría.

Empezar por el estudio y análisis de la obligación, antes que del derecho como sistema de reglas primarias y secundarias, es porque el concepto de obligación es imprescindible para poder entender lo que con la voz derecho se menciona, diferenciándolo de la gran diversidad de reglas sociales que existen (entre ellas resaltando por su importancia las de etiqueta y las morales).

Y este análisis se hace desde la distinción al seno de las reglas sociales “[...] Para comprender la idea general de obligación como necesario para comprenderla en su forma jurídica, debemos volver nuestra mirada a una situación social distinta que [...] incluye la existencia de reglas sociales [...]”³⁹

Retomando lo desarrollado en el apartado 2, debe de ser considerada la diferencia que se ha establecido entre reglas sociales y las reglas jurídicas, en lo que se refiere a la noción de: “el debía” y “el tenía el deber”, lo cual afirma que no es suficiente para poder comprender la connotación del concepto obligación en sentido jurídico. Así que inicia desde su origen, el cual es netamente social, pues es la sociedad, que mediante la presión social da origen a las obligaciones. Dice HART “[...] Cuando la presión es del tipo mencionado en el último término ‘culpa’, podemos sentirnos inclinados a clasificar las reglas como parte de la moral del grupo social. A la inversa, cuando entre las formas de presión las sanciones físicas ocupan un lugar preeminente [...] estaremos inclinados a clasificar las reglas como una forma rudimentaria o primitiva de derecho [...]”⁴⁰

Se han mencionado dos de los conceptos que en el pensamiento filosófico del derecho han recibido la mayor de las atenciones y discusiones, los de: 1) sanción (castigo físico, o culpa); y 2) el de presión social.

Entre los antecedentes de la idea presión social, concepto que HART considera como ‘detrás’ de las reglas sociales, y que da origen a obligaciones, está el estudio de KELSEN, de concebir a las normas jurídicas con un origen primariamente social, y a la sanción (elemento clave del derecho) como el uso

³⁹ *Ibid*, p. 106.

⁴⁰ *Ibid*, Cfr. p. 108.

de la fuerza socialmente organizado. “[...] la costumbre puede producir tanto normas morales, como normas jurídicas [...]”⁴¹. El derecho como un orden y sistema social que regula positivamente la conducta humana. Y en lo que se refiere a la sanción como producto de la sociedad organizada, dice: “[...] Las sanciones estatuidas por un orden jurídico, a diferencia de las que consisten en la aprobación o desaprobación, son sanciones socialmente organizadas [...]”⁴²

Aquí debe hacerse la distinción entre la connotación de una regla respecto de la cual “se debía hacer determinada conducta” y la que impone que “se tenía el deber de hacer determinada conducta”. Este sentido y connotación interna de las reglas marca la diferencia entre las reglas sociales y las reglas jurídicas. Unas imponen al nivel de sentimiento el sentirse constreñido a dar cumplimiento a determinado deber de tipo moral o social (reglas de etiqueta). Y el jurídico, que no deja el cumplimiento a la voluntad o sentido de responsabilidad de la persona que tiene el deber de realizar determinada conducta, sino que mediante la sanción como referente a aplicar en caso de no cumplimiento, constriñe al sujeto a hacerlo aún contra su voluntad.

Hay una relación estrecha entre la teoría de la predicción y el aspecto externo de las reglas, pues incluso uno y otro en determinado momento pueden significar lo mismo. Para el realismo jurídico y la teoría de la predicción, el derecho consiste en que habiendo una persona realizado una conducta indebida según lo establecido por una regla debe hacerse uso del cálculo para columbrar la sanción que ha de tener; hacer esto establece una relación de conexidad casi indefectible entre la conducta indebida, y el cálculo o predicción de la sanción que le será impuesta a dicha persona. Esta teoría de la predicción solo atiende a la regularidad cuando estos dos hechos se suceden (la conducta indebida y la sanción); dejando de lado todo el análisis y contenido de las normas en cuanto éstas imponen deberes y obligan a las personas.⁴³

En tanto el punto de vista interno de las normas se ocupa precisamente de las obligaciones y deberes impuestos a los ciudadanos, desde la perspectiva de quien debe cumplir con lo ordenado. Sea que se hayan ubicado en el supuesto de la norma (realizado la conducta indebida) o hayan voluntariamente creado deberes (materia civil), distinguiendo entre los deberes impuestos por

⁴¹ *Ibid*, Cfr. p. 23.

⁴² *Ibid*, Cfr. p. 46-47.

⁴³ *Ibid*, Cfr. p. 112.

las reglas sociales en general y los deberes (se tiene el deber) impuestos por las reglas jurídicas, deslindando el aspecto psicológico relativo al cumplimiento que existe en el deber que nace de las reglas sociales, y el sentido de la obligación al estar constreñido a dar cumplimiento a una conducta aun en contra de nuestra voluntad, forzado en su caso por el uso de la fuerza de la colectividad organizada.

4. EL MUNDO PREJURÍDICO Y EL MUNDO JURÍDICO

a) Mundo prejurídico o protoderecho

HART nos pide que imaginemos una sociedad primitiva donde exista un protoderecho formado sólo por reglas primarias, donde “[...]el único medio de control social es aquella actitud general del grupo hacia sus pautas o criterios de comportamiento, en términos de los cuales hemos caracterizado las reglas de obligación [...]”⁴⁴ Esto es, que las reglas que rijan a esta comunidad sólo han de ser de las del tipo que imponen deberes y obligaciones, faltando las que permitan su interpretación en caso de duda, y su aplicación en donde se considere la diferencia del caso específico.

Condiciones

De éstas reglas primarias, HART menciona como necesarias que existan las siguientes condiciones, las cuales se deben satisfacer para hacer posible la coexistencia en la comunidad:

- 1) “[...] las reglas tienen que restringir, de alguna manera, el libre uso de la violencia, el robo y el engaño, en cuanto acciones que los seres humanos se sienten tentados a realizar, pero que tienen en general que reprimir, para poder coexistir en proximidad cercana los unos con los otros[...]

⁴⁴ *Ibid*, Cfr. p. 113.

⁴⁵ *Ibid*. Cfr. p. 114.

- 2) Para que una sociedad regida con estas reglas pueda subsistir requiere que los inconformes con dichas reglas sean una minoría respecto de quienes las cumplen, pues en el supuesto de tener las mismas fuerzas y capacidades haría imposible la coexistencia.
- 3) “ [...] Sólo en una pequeña comunidad estrechamente unida por lazos de parentesco, sentimiento común, y creencias y ubicada en un ambiente o circunstancia estable, puede vivir con buen resultado según tal régimen de reglas no oficiales [...]”⁴⁶

Defectos

Defectos que HART señala de una sociedad regida solo por reglas primarias.

- I) Que las reglas no forman un sistema, sino solo pautas o criterios.
- II) “Falta de certeza”, pues en caso de duda no hay reglas para aclarar y disipar esas dudas.
- III) El carácter estático de las reglas.
- IV) El tercer defecto es la ineficiencia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas.

b) Del mundo prejurídico al mundo jurídico: las soluciones

I) El remedio para la falta de certeza es la introducción de lo que llamamos ‘regla de reconocimiento’ (*rule of recognition*), esta regla nos permite identificar cuándo nos encontramos ante una regla jurídica, y cómo distinguirla de las reglas sociales y morales; para esto refiere a las cuestiones de ‘se tiene el deber’ y distinguirlo de ‘debía hacer’. Las reglas en un sistema de derecho moderno pueden ser de tipo muy complejo, pero puede considerarse como una de estas reglas de reconocimiento el paso que se dio cuando se escribieron las reglas, procurando con ello certidumbre para quienes iban dirigidas. HART menciona también la necesidad de concebir la estructura del derecho en una relación de jerarquía, en que unas reglas se impongan a otra cuando no pueda distinguirse con claridad cuál ha de aplicarse al caso concreto.

⁴⁶ *Ibidem*.

Para los problemas que existen en el mundo prejurídico, se proponen dentro de la concepción del derecho como un sistema de reglas primarias y secundarias, otras reglas que explican tanto el aspecto dinámico del derecho, como su juridicidad, éstas son las siguientes:

- a) El remedio para la cualidad estática del régimen de las reglas primarias, consiste en la introducción de lo que llamaremos **‘regla de cambio’**. Ésta consiste en que faculta a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias y a dejar sin efecto las reglas anteriores.

La cuestión de fondo que se discute es que la necesidad de cambio social requiere que el derecho se adecue para poder seguir normando la vida en comunidad. Un sistema de derecho rígido terminaría por ser obsoleto a las nuevas necesidades. La solución es la existencia en el propio sistema de una regla que permita modificar las reglas primarias, es decir aquellas que imponen deberes y derechos, así como también modificar, derogar e incorporar o crear nuevas reglas secundarias que permitan la aplicación y mejor funcionamiento de las reglas primarias.

Si nos hacemos la pregunta de cómo funciona el derecho y pretendemos dar respuesta desde un punto de vista que incluya el externo y el interno, la respuesta sería que ciertamente de manera habitual las personas realizan determinadas conductas (como reflejo a determinados signos o exigencias) y que también a menudo las reglas son modificadas o se excluyen algunas y otras son incorporadas. Y ni el ejemplo de Rex ni el del mundo prejurídico dan respuesta u ofrecen solución a esta necesidad de cambio.

- b) El tercer complemento para remediar la insuficiencia de presión social difusa, consiste en la introducción de la **“regla de Judicación”**⁴⁷.

⁴⁷ HART, H.L.A. *Post Scriptum al Concepto del Derecho*. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. México, Distrito Federal. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. Utilizamos la voz “judicación”, en lugar de la que emplea el traductor de la obra de referencia, Genaro Carrió, “Adjudicación”, esto por las razones expuestas por el Dr. TAMAYO Y SALMORÁN: “En la tradición del *Common Law*, por *adjudication* se entiende: el acto de decidir o resolver una controversia jurisdiccionalmente [...] Aunque en ocasiones *adjudication* ha sido traducida como adjudicación la he desechado desde hace tiempo [...] porque esta palabra no corresponde a lo que significa *adjudication* en inglés. La

Esta regla trae consigo las siguientes consecuencias:

- 1) Identifica a los individuos que pueden juzgar. Si el derecho está conformado como un sistema normativo, para su aplicación se requiere que exista una estructura que lo aplique y haga efectivas las sanciones que este impone mediante las personas facultadas, por ello es menester que este cuerpo se dedique a la aplicación y en su caso interpretación de las reglas a los casos concretos: un cuerpo judicial (o poder.)
- 2) Define el procedimiento a seguir. En esta se comprenden a aquellas reglas que establecen la procedibilidad de la acción intentada ante los tribunales para que una persona cumpla con un deber impuesto por una regla, y la determinación y calificación de esta vía intentada queda a cargo de quienes van a ser los jueces del procedimiento, los cuales deberán de sujetarse a las reglas previamente establecidas, y a los tribunales existentes. Que una regla establezca previamente el procedimiento procura certidumbre a las partes y a los ciudadanos sujetos a ese régimen jurídico.
- 3) Dice HART que “[...] aunque pueden ser reforzadas mediante reglas que imponen a los jueces el deber de juzgar, ellas no imponen deberes sino que confieren potestades jurisdiccionales [...]”⁴⁸

Lo cual debe de entenderse distinguiendo entre los deberes en general a los que estamos constreñidos a dar cumplimiento en nuestro carácter de ciudadanos (reglas jurídicas que rigen los aspectos cotidianos de la vida) o condenados (mediante sentencia judicial), y el deber que le es impuesto a un juez para que conozca y juzgue determinados asuntos concretos.

Esto se semeja más a una facultad que a una obligación; aunque ésta facultad comparada con las que les son otorgadas a las personas para obligarse de acuerdo a su voluntad, encuentran analogía en que expresadas de esta manera ambas son correlativas de obligaciones. Por lo que la aclaración que HART hace parece frágil, pues en esta expresión de las reglas como otorgantes de facultades necesariamente le es correlativo la imposición de deberes

palabra correspondiente es ‘judicación’ [...]’”. *Vid.* pág. XXVI, nota 45 al pie de página, del estudio preliminar del Dr. Rolando TAMAYO Y SALMORÁN.

⁴⁸ HART, H. L. A. *El Concepto del Derecho. Op. Cit.* nota 4. p. 120.

adquiridos en proporción correlativa al ejercicio de dichas facultades, por lo que se forma el binomio de derecho-obligación, y a la inversa, el cual no es analizado por HART, pero que para DWORKIN constituye una de las críticas al positivismo Hartiano.

V. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

1. CERTIDUMBRE Y REGLA DE RECONOCIMIENTO

En el subtema IV, 4 apartado “B”, hemos mencionado de qué manera para HART la ‘regla de reconocimiento’ procura la certeza de que sepamos cuales son las reglas jurídicas distinguiéndolas de los diferentes tipos de reglas sociales que existen. La manera en cómo la regla de reconocimiento procura certidumbre, es porque mediante ella se puede identificar a las normas jurídicas por una marca que le es congénita, dicha marca puede ser:⁴⁹

- a) La de pertenencia al sistema normativo, esto es que la regla se encuentre escrita en algún texto revestido de autoridad.⁵⁰
- b) La marca distintiva de las reglas jurídicas que hace posible que la regla de reconocimiento pueda diferenciarlas de las demás reglas sociales se encuentra en el aspecto interno de las reglas. Este aspecto interno resulta también de la forma en cómo una regla es incorporada al sistema normativo, y que puede ser mediante su creación (proceso formal de creación de reglas) o su incorporación al sistema (cuando una regla de otro tipo ej. moral le es reconocido el carácter de regla jurídica incorporándola al sistema normativo.)
- c) Si de esta misma marca y del aspecto interno de las reglas jurídicas deviene su carácter de regla jurídica, se establece una íntima relación

⁴⁹ Para Lon L. FULLER, HART ha caído en una trampa en todo lo que se refiere al análisis de la “norma de reconocimiento”, al aplicar distinciones jurídicas (capacidades y obligaciones) que no tienen sentido a las actitudes que crean y apoyan un sistema legal. *Vid.*, Lon L. FULLER *La Moral del Derecho*. Trad. Francisco Navarro. México, Distrito Federal. Trillas, 1987. *Cfr.* págs. 153-161.

⁵⁰ HART, H. L. A. *El Concepto del Derecho*. *Op. Cit.* nota 4. *Cfr.* p. 118.

entre la regla jurídica y el criterio de validez que determinara su pertenencia o no de dicha regla y su carácter o no de jurídica.

Dice HART “[...] Al proporcionar una marca o signo con autoridad introduce, aunque en forma embrionaria, la idea de un sistema jurídico[...]”⁵¹.

Se ha mencionado que las reglas al formar parte de un sistema normativo quedan marcadas, esto puede atribuirse: 1. A la forma en cómo se crean y se incorporan a dicho sistema; 2. Al reconocimiento de autoridad que tienen de parte de quienes se dirige y; 3. Porque en su ser traen el germen de la regla primaria de la que han emanado o a la que se refieren.

Existe una relación entre la pertenencia a éste sistema de reglas de derecho primarias y secundarias y la validez de las reglas que a éste pertenecen, de tal manera que en la operación simple de identificar una regla dada como poseedora de la característica exigida de pertenecer a una lista de reglas a las que se atribuye autoridad, tenemos el germen de la idea de validez jurídica.

Se pueden establecer analogías entre esta marca de la regla jurídica y el sentido de pertenencia de Kelsen, e incluso del origen de las reglas jurídicas. En el caso de la regla de reconocimiento de HART, KELSEN tiene una manera de identificar a las reglas de derecho de cualesquiera otras reglas, que es la norma fundamental⁵².

Estos paralelismos sólo nos sirven para saber qué tanto se asemejan o diferencian la *Teoría Pura del Derecho* de KELSEN y el sistema de reglas primarias y secundarias de HART, aún cuando la postura que asuman respecto a la separación entre el derecho y la moral sea muy diferente, lo que nos da a pensar que aunque dos sistemas de pensamiento jurídico puedan tener semejanzas se puede llegar a diferentes conclusiones. Aunque ya hemos anticipado que a HART no le preocupa el carácter científico del derecho y por ende no piensa en una pureza del derecho, no obstante su postura positivista le hace conservar ciertas distinciones entre el derecho y la moral.

Notas importantes a la regla de reconocimiento hechas por HART:

[...] En la vida cotidiana de un sistema jurídico su regla de reconocimiento rara vez es formulada en forma expresa como una regla [...].

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² ATIENZA, Manuel. *El Sentido del Derecho*. Barcelona, España. Ariel, 2001, p. 85.

En la mayor parte de los casos la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros [...].

[...] El uso, por los jueces y por otro, de reglas de reconocimiento no expresadas, para identificar reglas particulares del sistema, es característico del punto de vista interno [...] ⁵³.

2. REGLA DE RECONOCIMIENTO Y LA VALIDEZ

La pregunta por la validez de una regla implica la utilización de al menos un criterio que permita determinar que una regla pertenece a un sistema jurídico y que está revestida de autoridad, por lo que se ‘tiene el deber’ de cumplir con lo que ésta impone. Se debe distinguir entre la validez de una regla y la validez de todo el sistema jurídico, pues la pregunta por lo uno no implica la del otro, de allí que por mencionarlo en una primera aproximación debamos diferenciar entre la validez y la eficacia.

La pregunta por la validez de una regla también nos lleva a cuestionarnos respecto de los fundamentos o mecanismos que otorgan juridicidad dentro del sistema normativo; esto es, a la pregunta por lo que hace que una regla sea de derecho, por el proceso de creación o incorporación de las reglas al sistema normativo.

La regla de reconocimiento es un mero criterio referencial para determinar la validez, y por ende pertenencia de una regla jurídica a un sistema de derecho, y no determina la eficacia de dicha regla, ni aporta elementos para estimar la validez de la totalidad del sistema de derecho.

El tema de la validez de las reglas jurídicas nos conduce al de las fuentes del derecho. Pues determinar con base en la marca que le es asignada a cada regla para determinar su carácter de jurídica y su pertenencia al sistema normativo es referir también a cuál sea su origen. De estos orígenes del derecho

⁵³ HART, H. L. A. *El Concepto del Derecho*. Op. Cit. nota 4. p. 127.

HART no pierde de vista que las reglas en principio pertenecen al ámbito de la vida social de los seres humanos, y que el propio sistema normativo crea su forma de producción de reglas, así como mediante las reglas secundarias de judicación y cambio, determina la incorporación de aquellas cuyo origen es la costumbre.

Así, la regla de reconocimiento en combinación con las de judicación y cambio permiten incorporar, modificar, o crear una regla y asignarle su lugar dentro del entramado jurídico, o mediante una ordenación jerárquica de las reglas a fin de evitar contradicciones o incertidumbre respecto de cual sea la regla que se deba aplicar a un caso concreto. En sentido estricto la regla de reconocimiento es aquella que se utiliza para identificar las jurídicas de cualquiera otro tipo de reglas. Dice HART “[...] En un sistema jurídico moderno donde hay una variedad de fuentes de derecho, la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja [...]”⁵⁴

Por qué razón los ciudadanos que identifican a una regla como jurídica por su sentido interno se saben constreñidos a su cumplimiento o al menos de que se tiene el deber, y la expresión: “[...] El derecho dispone que [...]”, a diferencia del punto de vista externo donde el ciudadano no se encuentra en la situación de tener el deber de, y la expresión con que nombra a las reglas jurídicas que reconoce como tales (en la utilización de la regla de reconocimiento sólo empleando el sentido externo de las reglas) diciendo que “[...] En Inglaterra reconocen como derecho... cualquier cosa sancionada por la Reina en el Parlamento [...]”⁵⁵

A la primera forma de expresión la denomina enunciado interno, y a la segunda enunciado externo. Ambas tienen que ver con la forma en cómo se usa la regla de reconocimiento. Ya habíamos mencionado que dicha regla implica el uso de los dos puntos de vista y que la utilización de uno solo daba como resultado una concepción distorsionada de las reglas jurídicas y del sistema normativo; este es el caso en el cual el empleo solo del punto de vista externo hace que se semejen la teoría de la predicción de la obligación y la teoría corriente que afirma que “[...] la validez de una regla es predecir que ella será aplicada por los tribunales, o que se tomará alguna otra medida oficial [...]”⁵⁶

⁵⁴ *Ibid.* p. 126.

⁵⁵ *Ibid.* p. 128.

⁵⁶ *Ibid.* p. 130.

Y es en este punto específico de la relación que algunos como es el caso de KELSEN establecen entre la validez y eficacia de la norma con la eficacia del sistema normativo. Lo cual es criticado por HART, para quien es un error el considerar que es posible vincular la validez y eficacia de la regla con la eficacia del sistema normativo. Si el reconocimiento de las reglas que han de ser aplicadas por los tribunales y las que deben de ser observadas por los particulares tiene mucho del punto de vista interno de las reglas en cuanto a la adecuación de dichas reglas a la regla de reconocimiento, y sólo en la medida en que éstas se adecuan son consideradas como reglas jurídicas pertenecientes al sistema normativo. “[...] Decir que una regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto que es una regla del sistema [...]”, por lo que queda sin relación alguna la validez de la eficacia del sistema normativo. Podemos establecer la relación entre validez de la regla y su eficacia en lo individual, pero de esto no podemos inferir la eficacia de todo el sistema normativo.

3. CUESTIONES DISPUTADAS EN LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Hasta este momento suponemos que la regla de reconocimiento nos permite identificar cuál es la regla primaria a la que la secundaria se refiere, así como las propias reglas secundarias pertenecientes al sistema normativo. Lo que nos posibilita inferir que la regla de reconocimiento funciona como un criterio de validez y dota a cualquiera otra regla del sentido de pertenencia al sistema de reglas primarias y secundarias.

En este sentido podemos decir que la regla de reconocimiento es punto de conexión entre las reglas primarias y secundarias, en el que las primarias imponen deberes y confieren derechos de manera no limitada o específica, y las secundarias concretizan o lo hacen posible adecuando las reglas primarias a las cuestiones fácticas. En este sentido la regla de reconocimiento permite identificar cuales han de ser las reglas tanto primarias como secundarias que han de ser aplicadas a dicha situación práctica. La regla de reconocimiento tiene así una función unificadora y de cohesión dentro del sistema normativo.

Podemos admitir lo anterior al parecer sin problema alguno, empero, HART prevé que este es uno de los puntos fuertes de su teoría, pero a la vez puede

ser un punto débil, por ello se ocupa de mencionar los siguientes problemas como propios de la regla de reconocimiento:

Primero menciona refiriéndose a la regla de reconocimiento que su “[...] existencia es una cuestión de hecho [...]”⁵⁷, y que la validez de ésta oculta su carácter esencialmente fáctico. Lo cual es un supuesto del que debemos partir, y después pasa a los problemas.

[...] La primera dificultad es de clasificación, porque la regla que en última instancia se usa para identificar el derecho, escapa a las categorías convencionales empleadas para describir un sistema jurídico [...]”⁵⁸

Esto es porque la forma de clasificación de los juristas ingleses que le preceden es la de que las reglas debe de ser un hecho o ser derecho. HART dice que el problema es querer concebir a dicha regla última en una sola de estas categorías cuando pertenece a ambas. “[...] es menester recordar que la regla de reconocimiento última puede ser considerada desde dos puntos de vista: uno de ellos se expresa en el enunciado externo de hecho que afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema; el otro, se expresa en los enunciados internos de validez formulados por quienes la usan para identificar el derecho[...]”⁵⁹

Menciona HART “[...] Un segundo conjunto de problemas surge de la oculta complejidad y vaguedad de la afirmación de que en un determinado país o en cierto grupo social existe un sistema jurídico [...]”⁶⁰

Para HART son las condiciones necesarias y mínimas para la existencia de un sistema jurídico, por un lado: las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema, que tienen que ser generalmente obedecidas; y, por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y judicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. La primera condición es la única que

⁵⁷ *Ibid*, p. 137.

⁵⁸ *Ibid*, p. 138.

⁵⁹ *Ibid*, p. 139.

⁶⁰ *Ibidem*.

necesitan satisfacer los ciudadanos particulares, la segunda condición tiene que ser satisfecha por los funcionarios del sistema.

Aunque HART ha problematizado en estos temas que ya se han mencionado, esto no deja de lado nuestra interrogativa planteada de si la regla de reconocimiento ultima funciona en el sistema normativo de reglas primarias y secundarias como una hipótesis que le da unidad a dicho sistema.

Según el propio HART, sólo en condiciones normales es posible identificar a la regla de reconocimiento “[...] las condiciones normales de la armonía oficial, y especialmente, de la armonía judicial, únicas condiciones bajo las cuales es posible identificar la regla de reconocimiento del sistema [...]”⁶¹

La regla de reconocimiento es una de las aportaciones más importante de HART a la filosofía jurídica, y quizá pueda ser considerada como el fundamento último del sistema jurídico, con base en la cual se identifican las normas pertenecientes al sistema, deviene la validez de la normas⁶², y ayuda a explicar la obediencia al derecho. Empero, en este último punto ha tenido repercusiones diferentes, y en algunos casos contrarias entre sí. Partamos del hecho de que la regla de reconocimiento tiene relación estrecha con el punto de vista interno. Para el profesor HART, la obediencia del derecho estaría relacionada con las razones prudenciales o morales, que también pueden ser explicadas desde el punto de vista interno⁶³; este mismo sentido interno para otros autores no tiene nada que ver con cuestiones morales, sino que el derecho se cumple porque hay alguna razón para ello, la cual no es necesariamente moral.⁶⁴

⁶¹ *Ibid*, Cfr. p. 152.

⁶² DE PÁRAMO, ARGÜELLES Juan Ramón, *H. L. A. HART y la Teoría Analítica del Derecho*. Madrid, España. Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 245.

⁶³ GARZÓN, VALDÉS Ernesto. “Derecho y moral”. Publicado en *El Derecho y la Justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Edición de Ernesto GARZÓN VALDÉS y Francisco LAPORTA. Madrid, España. Trotta, 1996, p. 399.

⁶⁴ *Ibid*. p. 404. Véase este artículo para profundizar en el tema de las tesis de la vinculación y de la separación desde la perspectiva de la regla de reconocimiento y el sentido interno en HART.

4. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO COMO REGLA ÚLTIMA

HART dice que “[...] La regla de reconocimiento que suministra los criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema es en un sentido importante, que trataremos de clarificar, una regla última [...]”; aquí distingue entre el criterio supremo y la regla última, diciendo que el primero consiste en determinar qué regla es superior a otra, concebidas en una relación jerárquica de *supra* y/o subordinación. En tanto que la de regla última implica que ya no existe ninguna después de ésta a la que haya que remitirse para explicar la validez de las demás reglas de reconocimiento.

Entre el sentido interno de las reglas y la regla de reconocimiento como hemos visto existe un vínculo estrecho. Al grado que se puede establecer también una relación entre la aceptación que de las reglas de reconocimiento se tenga de parte de los jueces y los ciudadanos, y la validez de dichas reglas. Lo cual coincide con el punto de vista externo desde la perspectiva de lo reiterado que pueden resultar los actos, y por ende aceptados.

HART admite la crítica que algunos le formulan a la regla última de reconocimiento diciendo de ella que no puede demostrar su carácter de jurídico, ni tampoco su validez como las demás reglas de reconocimiento que lo derivan de esta última. A lo cual HART contesta que no puede aplicarse el criterio de validez a la regla última de reconocimiento como le es aplicado a las demás reglas de reconocimiento, y que dicha regla última funciona como un supuesto que debe ser aceptado. “[...] No puede presentarse una cuestión de ese tipo respecto de la validez de la propia regla de reconocimiento que proporciona los criterios; ella no puede ser válida ni inválida, simplemente se la acepta como adecuada para ser usada de esta manera [...]”⁶⁵

VI. EL ANÁLISIS LINGÜÍSTICO DEL DERECHO

El derecho en cualquiera de sus formas tiene íntima relación con el lenguaje, sea escrito, en el que se manifiesta mediante signos que forman palabras, ora-

⁶⁵ HART, H. L. A. *El Concepto del Derecho. Op. Cit.* nota 4. p. 135.

ciones y textos; u oral, en el que se expresa mediante sonidos que articulados en determinado orden cobran significado para quien los profiere así como para quien los escucha. Lo que lleva a afirmar a Arthur KAUFMANN que “[...] el tema de derecho y lenguaje son un tema clásico de la filosofía del derecho.”⁶⁶

El lenguaje como medio de manifestación del derecho, trae aparejado problemas, los cuales han sido tratados por la filosofía del lenguaje, así como por la teoría analítica del derecho. Previo a considerar a la teoría mencionada y la postura de HART respecto del lenguaje, es pertinente citar a FOUCAULT, que en su obra *Las Palabras y las Cosas*, realiza un estudio minucioso de los problemas del lenguaje desde el siglo XVI hasta la modernidad, donde afirma que “[...] Interpretar y formalizar se han convertido en las dos grandes formas de análisis de nuestra época: a decir verdad no conocemos otras [...]”⁶⁷. Durante los siglos XVII y XVIII, el lenguaje tuvo una característica nominalista, que como discurso refería al mundo como el primer orden de las cosas, luego en el siglo XIX el lenguaje adquiere espesor propio convirtiéndose en objeto de conocimiento, originándose con este espesor, por una parte el sueño positivista de mantener el lenguaje a ras de lo que se sabe, por otra la que tiene al lenguaje como ser propio, con realidad histórica. Es aquí en el retorno del lenguaje como problema que se inscribe el debate entre el derecho y su análisis lingüístico.⁶⁸

HART encontró que entre los problemas que el derecho enfrenta con el lenguaje, está el que el derecho como reglas se expresa con las voces coloquiales, queda atrapado en el lenguaje ordinario⁶⁹, esto aún cuando se exija un vocabulario especializado. De allí que la vaguedad propia de los lenguajes le sea inherente al derecho⁷⁰, lo que denomina “la textura abierta del lenguaje”.

⁶⁶ KAUFMANN, Arthur. *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Trad. María José Fariñas. Madrid, España. Debate, 1992, Cfr. p. 221.

⁶⁷ FOUCAULT, Michel. *Las palabras y las Cosas*. Trigésimo primera edición, trad. Elsa Cecilia Frost. México, Distrito Federal. Siglo XXI, 2004. p. 292.

⁶⁸ *Ibid.* Cfr. p. 288 a 303.

⁶⁹ KAUFMANN, Arthur. *El Pensamiento Jurídico... Op. Cit.* nota 66, Cfr. p. 229.

⁷⁰ Apud. DE PÁRAMO, ARGÜELLES Juan Ramón, *H. L. A. HART y la Teoría Analítica del Derecho*. *Op. Cit.* nota 62, p. 29, nota al pie de página número 77.

Además de los problemas que hemos señalado del lenguaje en la modernidad, HART vive en el contexto de la escuela de Oxford⁷¹. La cual se dedicó al análisis del lenguaje y al estudio de su estructura lógica⁷².

Muestra importante de ello es la importancia que en estos estudios tuvo el *Tractatus Logico-philosophicus* de WITTGENSTEIN, en el que podemos encontrar el planteamiento entre el decir algo de una cosa en el mundo, y el pretender definirla. Dicho en términos semejantes a los del autor referido: en la proposición lingüística ya hay algo que nos indica cuál es su sentido, y que es lo que en la imagen del mundo se proyecta. La proposición lingüística como construcción de lenguaje no es un amontonamiento de las palabras, es una articulación de los signos dotados de sentido y dirección, y sólo por ello es que mediante el lenguaje, el pensamiento se vuelve asequible y refiere a lo proyectado, a la imagen. Y los estados de cosas son expresables por la figuración y proyección, que en conjunto forman la imagen del mundo, la cual es puesta en el pensamiento por el lenguaje, medio a la vez por el que lo comunicamos.

Al nombrar las cosas, el lenguaje las hace visibles en nuestra imagen del mundo. La cosa que existe en sí, nos es inasequible, empero, lo que nombramos de ella, lo comunicable, su imagen marca los límites de nuestro entender y concebir de la cosa (en el estado de cosas y hechos). De tal manera que las propiedades y características de la cosa son resultantes de nuestra concepción de la cosa como forma e imagen. No es que en el hielo se contengan todos los pensamientos de lo frío, o que participe de ella; sino que es una manera de comunicar algo que distingue a esa cosa de otra, es nuestra imagen a la que nombramos frío, y al decirlo comunicamos lo verificable y traducible a todas las lenguas. Nuestra imagen dicha de muchas maneras diferentes es semejante y por ello comunicable y traducible.

No se niega en ningún sentido que la materia, el mundo y sus características existan en el estado de cosas y en la cosa, sino que a ella siempre nos referimos e identificamos con proposiciones lingüísticas, las cuales nos permiten expresarlas y saber de ellas. Una propiedad no expresable es una no-

⁷¹ *Ibid. Cfr;* p. 16.

⁷² Para una referencia más amplia del ambiente en la Escuela de Oxford, léase la introducción del compilador A.J. AYER. *El Positivismo Lógico*. Tercera reimpresión, trad. L. Aldama [et. Al]. México, Distrito Federal. Fondo de Cultura Económica, 1986.

existencia, pues todo lo que se advierte y se piensa es expresable, puede ser acertado o no, pero es expresable.⁷³

HART con el análisis del lenguaje pretendió lograr la claridad que la filosofía anterior a él no había tenido, y en este propósito la teoría jurídica analítica y el iuspositivismo convergen en la búsqueda de claridad a la respuesta a la pregunta ¿qué es el derecho?, modificada sustancialmente por la pregunta ¿qué se nombra con la voz derecho?⁷⁴ que subyace a su teoría descriptiva. Empero, la labor descriptiva y valorativamente neutra que el análisis del derecho requiere es muy complicada, sobre todo cuando el objeto de estudio es un sistema normativo que puede tener relación muy cercana con elementos de carácter moral, así que en todo momento se corre el riesgo de dejar de hacer una teoría descriptiva y valorativamente neutra. Este afán descriptivo ha llevado a estudiosos de HART a decir que el análisis del lenguaje en su carácter neutro sirve solo para resolver algunos problemas básicos de la relación entre el derecho y la moral⁷⁵.

En *El Concepto del Derecho*, HART pretende hacer progresar a la teoría jurídica, perfeccionando las estructuras conforme a las cuales esta es concebida⁷⁶, no se detiene a definir al derecho, si no que parte de los usos habituales que este tiene, y desentraña las relaciones que con otros sistemas normativos morales y sociales guarda⁷⁷. Realiza también un análisis de los principales conceptos jurídicos: coacción, obligación, sanción, que a AUSTIN le permitieron crear su teoría jurídica y la clave de la jurisprudencia, y partiendo de ello describe al derecho como un sistema normativo de reglas primarias y secundarias.

Para la construcción del derecho como sistema normativo de reglas primarias y secundarias tiene gran importancia el uso de las palabras que refieren a

⁷³ Al respecto véase WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-philosophicus*. Versión de Jacobo Muñoz et. al. Tercera reimpresión. Madrid, España, 2002. Alianza Editorial

⁷⁴ TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. *El Derecho y la Ciencia del Derecho: Introducción a la Ciencia Jurídica*. México, Distrito Federal. Instituto de Investigaciones Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1986. p. 19.

⁷⁵ ORREGO, SÁNCHEZ Cristóbal. *H. L. A. HART, Abogado del Positivismo Jurídico*. Navarra, España, Ediciones Universidad de Navarra, 1997. *cf.*; págs. 273 a 287.

⁷⁶ *Ibid.* p. 298.

⁷⁷ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *El Derecho y la Ciencia del Derecho... op. Cit.* nota 74. p. 19.

enunciados internos y externos. A partir de dichos enunciados la explicación del fenómeno social del derecho, de los deberes y derechos que mediante él se imponen, es realizada por el modo de habla de sus propios agentes.

Los problemas del uso del lenguaje para los diferentes actores que concurren en una determinada sociedad, tales como: los que se encuentran sujetos a ese orden normativo, los externos que no lo están, los abogados, y los jueces que lo han de aplicar, resultan de la mayor importancia para determinar el alcance de los diferentes sistemas de control social que existen, y poder determinar las características que le son propias al derecho.

Por otra parte, el análisis de las voces empleadas en el derecho sirve para determinar su connotación perteneciente a otros sistemas de control social, y con ello estudiar los conceptos de coacción, obligación, derecho, y sanción. Conceptos a los que el análisis clásico del iuspositivismo había fijado con un contenido propio de una voz instrumento creada a propósito para el derecho, desconsiderando sus raíces sociales y morales.⁷⁸

Concluyendo lo expuesto sobre este análisis lingüístico, podemos afirmar que la teoría analítica del derecho puede realizar una clarificación lingüística y conceptual de las voces que se emplean en el derecho, así como que tal teoría no solo tiene como finalidad el examen de los conceptos, sino de los fenómenos sociales que subyacen a los mismos.

VII. LA TESIS DE LA SEPARACIÓN CONCEPTUAL ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

¿Qué razones se tiene para denominar en HART la forma en cómo concibe la relación entre el derecho y la moral como una separación conceptual, y que no niega que históricamente hayan tenido un pasado común?⁷⁹

Veamos, de inicio se tiene que la voz derecho para HART nombra a un sistema de reglas primarias y secundarias, reglas de reconocimiento, sistemas de

⁷⁸ DE PÁRAMO ARGÜELLES J. R. *HART y la Teoría Analítica...* Op. Cit. nota 62. Cfr: p. 23 a 31.

⁷⁹ LAPORTA, FRANCISCO. *Entre el Derecho y la Moral*. Segunda edición, México, Distrito Federal. Fontamara, 1995. Cfr: p. 28.

interpretación y toda una estructura que se encarga de aplicarlo denominada función judicial. Pero también implica un mínimo de moralidad y ciertas analogías con las reglas sociales, por lo que HART comienza por distinguir entre lo que el derecho nombra y lo que las reglas sociales denominan, llegando a establecer diferencias entre ambas. Estas diferencias se dan al nivel de conceptos, porque en realidad no puede darse una separación absoluta y tajante entre lo que nombran el derecho y la moral, empero si alguna distinción es lograda a nivel práctico de cumplimiento y aplicación de las reglas jurídicas es empleando las reglas de reconocimiento.⁸⁰

Aquí la función de las reglas de reconocimiento es de vital importancia, ya que sin ellas se perdería toda posibilidad de distinción entre ambos sistemas sociales de regulación de conducta: el derecho y la moral.

No obstante esta distinción de que hemos tratado refiriéndonos al nivel práctico, parecería poco congruente con la afirmación de HART de que todo derecho debe tener un mínimo de moral para poder ser concebido como tal, y este es el punto toral de la cuestión entre la distinción conceptual, pues nos remite a cierta convergencia entre los dos sistemas normativos. De este modo, lo que puede sostenerse y resistir la crítica más perspicaz es una distinción entre derecho y moral a un nivel meramente teórico, estableciendo la necesidad de una conexión aún de carácter mínimo entre el derecho y la moral que la realidad jurídica (como sistema de regla primarias y secundarias) impone cuando se escudriña cuidadosamente algún sistema normativo, en el que siempre se encuentran elementos de carácter moral. Por mencionar algunas de las voces más empleadas en la legislación cuya connotación moral es evidente son: buena fe, rectamente, honestidad, castidad...etc.⁸¹

¿Cómo combinar entonces esta distinción conceptual entre el derecho y la moral con el mínimo de moral que un sistema normativo requiere para poder ser tal, y la postura positivista de HART? A esto trataremos de dar respuesta.

⁸⁰ *Ibid.* Cfr p. 11. Sostiene que el derecho tiene una fraseología prestada de la moral, y que fácilmente se pasa de una a otra sin percibirlo.

⁸¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "El principio de la buena fe en el derecho civil". publicada en *Revista De la Facultad de Derecho de México*, Tomo XXXII, julio-diciembre, 1982. Cfr págs. 607-649. Citado solo en cuanto se refiere al empleo de la buena fe en nuestro sistema normativo.

En el desarrollo de su obra *El Concepto del Derecho*, HART enfrenta el ineludible problema de la relación o distinción entre el derecho y la moral⁸². Éste lo lleva a considerar desde las formas tradicionales en como la teoría del derecho a respondido a ello, hasta concluir con una separación que se da meramente en el plano del lenguaje. En este plano se aprovecha la textura abierta del lenguaje de las reglas jurídicas y morales, para penetrar en el análisis de la distinción específica de la justicia respecto de la moral, y por otra parte, el estudio de si es posible sostener a nivel teórico y práctico la distinción entre la obligación moral, y la obligación jurídica.

Los argumentos que HART aporta a esta discusión, son de gran relevancia en la filosofía del derecho actual, y de hecho establecen un vínculo que lo liga con lo que se discute en las obras que posteriormente estudiaremos. Como casi todo análisis teórico, también éste redundante en la concepción de la forma en cómo se integran y estructuran los sistemas jurídicos, y por ende en la práctica jurídica.

1. LA DISTINCIÓN DE LA IDEA ESPECÍFICA DE LA JUSTICIA DENTRO DE LA ESFERA GENERAL DE LA MORAL

Los valores de bueno o malo, son del tipo moral por excelencia, y casi nunca son empleados por los juristas al momento de criticar a alguna norma jurídica. En cambio los valores de justo e injusto sí son empleados para ello. Justo e injusto se vinculan más con el aspecto de la justicia distributiva, la compensativa, y la de asignación de deberes y obligaciones; en tanto, que solo lo hacen indirectamente con los de bueno y malo, al grado que se puede decir de una norma que: si es buena es justa, si es mala es injusta; pero no, que por ser justa es buena, o por ser injusta es mala. Pues justo e injusto son valores jurídicos específicos, en tanto que bueno o malo son valores morales de uso universal y no correlativos en todos los casos a los primeros.

⁸² Para David LYONS, debe distinguirse entre la moral positiva: como efectiva, aceptada y compartida por un grupo social, y la moral crítica, que es utilizada en el cuestionamiento de las instituciones. Y la distinción sería solo de la moral crítica. *Vid.* LYONS, David. *Aspectos Morales de la Teoría Jurídica*. Barcelona, España, Gedisa, 1998. p. 97.

La moral en HART es concebida en su efecto como la que crea “...entre los individuos una igualdad moral, en cierto sentido artificial para contrarrestar las desigualdades de la naturaleza...”⁸³ La justicia la explica como lo equitativo, la compensación, la distribución de derechos y deberes por igual. En el fondo todas estas formas se resumen en la justicia distributiva⁸⁴, y se constituyen en referentes para la crítica del derecho y sus reglas.

La justicia en este aspecto distributivo se refiere a la comparación entre el individuo y la generalidad, lo particular y lo colectivo son la media para la comparación de lo que debe ser equitativo, y por ende el referente para criticar todo aquello que no se apegue a este justo-equitativo.

Por su parte, lo justo fuera de este sentido que tiene en la justicia distributiva, puede recibir uno muy diferente en la justicia formal; que es aquella que identifica lo justo como lo que resulta de la aplicación igual de la misma regla al mismo caso y circunstancias, y lo injusto como la aplicación desigual. Este es el sentido más desvinculado de lo que lo justo como dimensión de la justicia tiene de pertenencia a la moral, ésta en el sentido de lo bueno y malo.

Pues a pesar de ser categorías diferentes lo bueno, malo, lo justo e injusto, usar la voz justo e injusto considerando el vínculo tenue que hay con lo bueno y malo, repercute en darle a aquellas una connotación de mayor alcance en lo que se refiere a lo que debe ser en beneficio de todos o de alguien en particular, y es lo que lo convierte en referente para poder ser crítica del derecho. Esto no ocurre si solo se tiene a lo justo en su sentido estricto cuya connotación es ser equitativo, esto es, en cuanto que la aplicación de las reglas sea del mismo modo para todos los que se encuentren en el mismo supuesto.

Por otra parte como HART lo anota, el bien común como valor moral puede no coincidir e incluso imponerse al valor de lo justo (como equitativo), y con el propósito de ejemplaridad se puede considerar que es correcto que a alguien se le aplique una pena más severa que a otros en las mismas circunstancias, si esto redundaría en un mayor bien común.

⁸³ H. L. A. HART, *El concepto del Derecho*. *Op. Cit.* nota 4. p. 205.

⁸⁴ LYONS, David. Aspectos Morales de la Teoría Jurídica, *Op. Cit.* nota 81. *Cfr.* págs. 99-102. Crítica a la justicia distributiva analogándola con la formal en el sentido de que tratar los casos iguales de la misma manera, no establece una conexión necesaria en tratarlos justamente, salvo que el trato igual sea la justicia.

Lo anterior nos remite a la naturaleza de la moral, la cual según HART, es la de crear un equilibrio artificial para protección de los más débiles, y que dicho equilibrio se debe concebir dentro del contexto cultural, y los de tiempo y espacio. Lo que nos sugiere que encontrar los valores universales de la moral es más complicado de lo que pudiera pensarse

A pesar del tenue vínculo que en ocasiones pueda existir entre los valores de la justicia y los morales, estos últimos por sí solos no pueden ser referentes para la crítica del derecho, pues como hemos visto, no existe una correlación precisa entre lo bueno y lo justo.

Podemos a pesar de estas conexiones que en determinados momentos pueden existir entre los valores morales y los de justicia, sostener que sí se distinguen unos de otros, aun cuando la separación sea casi de tipo conceptual. Pues por el contrario sostener la pureza de los valores de justicia respecto de los morales es concebir a esta como algo ajeno a la moral, y cuya pureza caería por su propio peso en cuanto se circunstanciara en una sociedad de carne y hueso, y no en una ficticia. Pues la realidad impone relaciones más complejas de lo que en ocasiones se pueden describir con el lenguaje y separar a nivel teórico o de discurso.⁸⁵

Para concluir esta parte, resulta interesante esta aseveración de HART:

La justicia constituye un segmento de la moral que no se refiere primariamente a la conducta individual sino a las formas como son tratados clases de individuos. Es esto lo que da a la justicia su especial relevancia para la crítica del derecho [...] Pero los principios de justicia no agotan la idea de moral; y no toda la crítica del derecho hecha sobre fundamentos morales es formulada en nombre de la justicia...⁸⁶

⁸⁵ HART, H. L. A. *El concepto del Derecho. Op. Cit.* nota 4. *Cfr:* págs. 193-208.

⁸⁶ *Ibid*, p. 208.

2. ¿ES LA OBLIGACIÓN JURÍDICA UNA OBLIGACIÓN MORAL? PUNTOS DE CORRESPONDENCIA Y DISTINCIONES

Normalmente para el ciudadano común no existe una clara distinción entre las reglas morales y las jurídicas, e incluso a nivel de teoría del derecho, esta distinción no es tan clara, sobre todo, si partimos de considerar el origen social de ambos sistemas normativos, y de que la moral en el mundo prejurídico precede al derecho. Se puede decir que ambas tienen algo en común, empero, se puede hacer una distinción considerando algunos criterios que adelante referiremos.

La obligación jurídica y el deber moral tienen para HART las siguientes semejanzas:

1. Se refieren a lo que ha de hacerse o no en circunstancias que se repiten cotidianamente.
2. Lo que las reglas exigen son acciones u omisiones simples que no requieren de habilidades especiales.
3. Su cumplimiento está dentro de lo que puede hacer cualquier adulto normal.
4. Su cumplimiento es cosa común, por lo que esto no es causa de premios o elogios.

En tanto que las reglas morales y jurídicas y de deber tienen en común:

- a) Ser concebidas como obligatorias con independencia del consentimiento del individuo, y sustentadas por una seria presión social que procura la conducta regular.
- b) Se refieren a conductas que se repiten constantemente.
- c) Formulan exigencias que tienen que ser satisfechas por cualquier grupo humano para poder convivir.
- d) En ambas encontramos algún tipo de prohibición a la violencia a las personas o a la propiedad, exigencias de honestidad y veracidad.

Las distinciones que se pueden señalar entre las reglas jurídicas y las morales, se señalan las siguientes:

La importancia. Una regla moral aun cuando su sanción a diferencia de la jurídica no sea impuesta por el Estado, si conserva su carácter de constreñir a la persona a su cumplimiento, pues el reproche o formas más serias de exigir su observancia se manifiestan en la sociedad o grupo que vela por su cumplimiento. Dicha norma moral implica un sacrificio de la libertad individual, la presión social a modo de castigo que mencionamos, y que su importancia sea aceptada como algo necesario e imprescindible.

Una regla jurídica puede no gozar de la aprobación y sentimiento de necesidad o utilidad a la sociedad a la que se le aplica. Sin embargo, el que ésta forme parte del sistema normativo por ser originada en un proceso de creación de leyes le da esa validez y legitimidad en cuanto a origen se refiere, y la dota del sentido de pertenencia que una norma tiene al formar parte del sistema normativo.

De tal manera que la regla jurídica a diferencia de la moral su validez no deriva del consenso de la sociedad a la que se le aplica, en tanto la regla moral si.

Inmunidad al cambio deliberado. Recordemos que las reglas primarias y secundarias que integran el sistema normativo tiene dentro de éste a aquellas reglas que les permiten ser modificadas, derogadas, o crear nuevas reglas; la denominada “regla de cambio”. Esta se refiere al procedimiento de creación de leyes que en cada sistema normativo existe para los efectos mencionados, ésta misma regla es la que le da el dinamismo que el derecho como sistema normativo requiere a fin de poder adecuarse a la regulación de las conductas que se van originando con el cambio de las sociedades.

En cambio, no existe en la moral algo parecido a la “regla de cambio”, porque en este caso las modificaciones se conectan directamente con los usos, hábitos y costumbres, aún cuando haya algunas conductas que convertidas en reglas jurídicas parecen ser perennes por referirse a cuestiones indiscutiblemente necesarias para la vida en común. Pero en general, las reglas morales al modificarse o crearse nuevas, son resultado de un proceso lento que difícilmente puede ser controlado por un cuerpo legislativo.

Carácter voluntario de las transgresiones morales. Que la intención sea lo único que cuente en la moral es erróneo, la moral también se ocupa de lo que acontece en la modificación del mundo concreto en que vivimos, y no se debe confundir el que la intención sea importante para la moral, en el sentido

de que la persona que realiza la conducta se hace merecedora de la sanción moral en razón de su intención, y el que solo por eso se deje de considerar el que no haya tenido las precauciones necesarias a fin de evitar causar el daño o perjuicio. Para el derecho, sobre todo en tratándose de la materia penal, la intención al menos para la corriente finalista⁸⁷ es de suma importancia, pues esta determina la culpabilidad de quien realiza la acción, aún cuando el resultado se produzca por una acción de descuido. La diferencia es que no es la sanción del sentimiento de culpabilidad el castigo que recibe quien realiza la conducta antijurídica, sino la sanción que el Estado impone a través de sus instituciones penitenciarias.

La forma de presión moral. Esta característica es la única considerada por KELSEN en la distinción que hace de las normas jurídicas y las morales, pues se refiere a la sanción. Por su parte HART no limita la distinción en este punto, pues como hemos leído anteriormente éste aparece en último término solo para confirmar la distinción.

En concreto, se diferencian porque la sanción moral se refiere sobre todo al reproche, a la descalificación social, y la falta de paz e inquietud que trae consigo el ser reprobado socialmente por el grupo al que se pertenece, esto sin considerar la sanción religiosa que en algunos casos puede estar ligada íntimamente a la moral. En cambio, la sanción jurídica es impuesta por el Estado mediante el poder judicial y hecha cumplir por el uso de la fuerza institucionalizada, sea por el propio poder judicial, o como en la materia penal por el poder ejecutivo. La caracteriza, que a falta de cumplimiento voluntario, se emplea la coacción, que es el uso de la violencia mediante los instrumentos que el Estado proporciona para dar cumplimiento a lo ordenado por un Juez.

3. EL CONTENIDO MÍNIMO DE MORAL

Son características fácticas y menos filosóficas de las que parte el desarrollo del derecho natural: el propósito de supervivencia como motivo para que los humanos vivamos agrupados en sociedad, sustraernos del peligro, daño, enfermedad y procurarnos seguridad, beneficio y cura. En estas se encuentran

⁸⁷ LÓPEZ, BETANCOURT Eduardo. *Teoría del Delito*. Sexta edición. México, Distrito Federal. Porrúa, 1998, p. 8.

elementos que son comunes a cualquier sistema normativo, y moral, por lo que se puede decir de un contenido mínimo del derecho natural.

Sin ese contenido mínimo de moral, dice que las reglas jurídicas no podrían llevar a cabo su propósito de hacer posible la supervivencia.

Asevera también, que sin ese contenido los hombres no tendrían ninguna razón para obedecer voluntariamente ninguna regla, y sin un mínimo de cooperación voluntaria, sería imposible obligarlos a su cumplimiento mediante coacción.⁸⁸

De fondo se encuentra el problema de cuál es el fundamento de la vinculación de las reglas jurídicas. Pues HART inteligentemente se refiere primero a lo que hay en común entre la moral y el derecho natural, donde las relaciones entre el derecho y la moral se sostienen de manera más fácil, o con menor complicación; sea por un vínculo metafísico (las reglas son buenas por su origen divino), o racional (las reglas jurídicas solo son tales cuando expresan algún valor de justicia.) Empero esto no evita la cuestión primordial de cuál es la manera de sostener la vinculatoriedad de las reglas jurídicas desde la concepción positivista de HART, a la vez que se sostiene una separación conceptual del derecho y la moral.⁸⁹

La respuesta a esta pregunta es contestada por HART refiriéndose en principio a la conexión que existe entre los hechos naturales y el contenido de las reglas morales y jurídicas, de las cuales refiere que no están en conflicto con aquellas que se apoyan en objetivos o propósitos conscientes, mencionando las siguientes:

(i) Vulnerabilidad humana.

La mayoría de las reglas jurídicas y morales tienen en común ser formuladas de manera negativa a modo de prohibición de hacer algo que resulte perjudicial para los humanos.

⁸⁸ H. L. A. HART. *El concepto del Derecho. Op. Cit.* nota 4, p. 241.

⁸⁹ LAPORTA, FRANCISCO. *Derecho y Moral. Op. Cit.* nota 78. *Cfr* págs. 38-39. A diferencia del autor en mención, consideramos que HART sí concibió el carácter complejo de la norma, por ello su esfuerzo por separar solo conceptualmente el derecho de la moral.

(ii) Igualdad aproximada.

Tiene en común la moral y el derecho, que ambos impongan abstenciones y concesiones mutuas a efecto de salvaguardar a los más débiles a manos de los más fuertes, estableciendo una igualdad artificial.

(iii) Altruismo limitado.

No es la discusión de si el hombre es bueno o malo por naturaleza, pero se enfatiza que históricamente está probado que su comportamiento no es lo uno ni lo otro totalmente.

(iv) Recursos limitados.

En un sentido económico se refiere a la escasez de los bienes que son necesarios para la subsistencia.

(v) Comprensión y fuerza de voluntad limitados.

Pueden existir varias razones que se tengan para la obediencia de las reglas, entre estas se encuentran: a) aquellas que lo impulsan a uno a observarlas por el interés que persigue el beneficio que se recibe por su cumplimiento; o b) porque tales reglas sean los ideales a seguir. Pero siempre está latente la posibilidad de imponer su propio interés a lo ordenado en las reglas, aún cuando son más los que obedecen que los que no lo hacen, es menester sanciones “[...] no como el motivo normal para la obediencia, sino como una garantía de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen [...]”⁹⁰

Estos puntos que HART muestra⁹¹ como comunes al derecho natural y a la moral, refiere que también deben de ser considerados por el iuspositivismo. La concepción de lo que el derecho nombra se debe alejar de la dicotomía que tiene a la sanción como el elemento primordial que se expresa con la voz derecho, o como una exigencia que le es congénita al sistema jurídico. Pues es comprobable que no todas las reglas jurídicas establecen sanciones, ni que este sea el elemento distintivo del derecho.

⁹⁰ H. L. A. HART. *El concepto del Derecho*. Op. Cit. nota 4. p. 244.

⁹¹ *Ibid.* Cfr. págs. 240-246.

Respecto a los puntos comunes entre derecho natural y moral refiere seis formas de una pretendida relación, estas referidas a la tesis del contenido mínimo de la moral en el derecho natural. Son las siguientes:

(i) Poder y autoridad.

Comúnmente en los sistemas normativos el poder del hombre sobre el hombre no es suficiente para el cumplimiento de las reglas jurídicas, y requiere apoyarse en alguna convicción moral, o sentido de obligación moral. Se puede estar en los extremos de que alguien aún cuando considere a la regla inmoral la cumpla, o quien no realice lo ordenado en una regla por considerarlo inmoral; por lo que el contenido moral normalmente funciona como un motivante para el cumplimiento de lo ordenado.

(ii) La influencia de la moral sobre el derecho.

Los sistemas normativos modernos reciben una gran influencia de la moral aceptada como de ideales más amplios, y según HART, ningún positivista puede negar que estos son hechos “[...] Si es esto lo que se quiere decir al hablar de conexión necesaria del derecho y la moral, su existencia debe ser concedida [...]”⁹²

(iii) Interpretación.

La búsqueda de un principio general aceptable como base razonada de la decisión lleva al juez a la elección entre principios que normalmente pertenecen a un mismo sistema moral, lo cual hace necesario tal y como lo veremos en la obra de Ronald DWORKIN la explicitación de su uso y aplicación mediante la argumentación.

(iv) La crítica del derecho.

El empleo de la moral como referente para la crítica del derecho nos conduce al problema de cuál es la moral que se ha de considerar para

⁹² *Ibid*, p. 252.

ello, tema que HART no desarrolla, y que en sí es demasiado difícil y prolijo.

(v) Principios de legalidad y justicia.

La justicia en su aspecto distributivo y la inequidad van de la mano. Pues la primera no implica sino el trato de los iguales en iguales circunstancias, porque el solo aspecto formal de la justicia que es considerado por HART, efectivamente redundante en la inequidad, no así cuando a la justicia se le da un contenido perteneciente a la moral (como lo deseado -el bien-) y más ajustado a la necesidad concreta como realización de lo más valioso (términos que en verdad encierran una gran dificultad para ser explicados, pero que en alguna otra parte trataremos de hacerlo.)

(vi) La validez jurídica y la resistencia al derecho.

El tema de la validez jurídica, del cual se han ocupado muchos de los filósofos del derecho contemporáneos, es un tema difícil y de respuestas disímiles. En el caso de KELSEN la validez deviene de la eficacia de las normas, en el caso de HART, del pedigrí y sentido de pertenencia al sistema de reglas primarias y secundarias. En ambos casos esta validez le da a la regla su connotación de juridicidad, por ello es tan importante definir lo que por validez se debe entender.

HART considera que si bien han existido equívocos respecto a restringir este concepto de validez, o identificarlo con la medida de todas las reglas jurídicas, este afán es sincero y no tiene más deseo que la búsqueda de la claridad y explicitación de los sistemas normativos. Y en las posturas que se han asumido, las hay autosuficientes y autoreferentes del sistema normativo, a las que denomina “concepto de derecho restringido”, y por el contrario HART sostiene la que denomina “concepto del derecho más amplio”, la cual agrupa y considera:

[...] como “derecho” todas las reglas que son válidas según los criterios formales de un sistema de reglas primarias y secundarias, aun cuando algunas de ellas atenten contra la moral de nuestra sociedad o contra lo que podemos

considerar que es una moral verdadera o esclarecida. Si adoptamos el concepto más restringido, excluiríamos del significado de “derecho” esas reglas moralmente ofensivas [...]⁹³

La postura adoptada por los juristas Bentham y AUSTIN de distinguir entre el derecho que es y el que debe ser, fue en parte para evitar la anarquía que resultaría si todas las reglas previo a su cumplimiento debían ser aprobadas por la conciencia moral de quienes debían cumplirlas. Pero que esto no debe sobreestimarse, y por el contrario debe admitirse al concepto más amplio del derecho como el más idóneo, y admitir a la moral como referente crítico del derecho.

Estamos en el *quid* del asunto que hemos planteado, pues dice la tesis positivista que “el derecho puede tener cualquier contenido”, siempre que se respete la forma (aspecto formal de los sistemas normativos), pero los hechos demuestran que derecho y moral lejos de ser algo totalmente ajeno e irreconciliable, en lo elemental se semejan y tienen objetivos comunes: la supervivencia y salvaguarda de la vida humana en colectividad.

VIII. LA ZONA DE CERTIDUMBRE Y LA ZONA DE INCERTIDUMBRE JURÍDICA

HART para el estudio de lo que hemos denominado la zona de certidumbre y la zona de incertidumbre jurídica, parte de los dos grandes sistemas normativos que rigen al mundo occidental. A saber, el de la regla escrita y el del precedente, así como de las distinciones entre el “núcleo de significado” y “la zona de penumbra”. Aportación realizada por la escuela norteamericana del realismo jurídico.⁹⁴

En ambos se encuentra presente el problema del lenguaje, la razón es elemental, si consideramos que el lenguaje es el medio por el cual nos comunicamos, y que fuera de esta forma de comunicación que ciertamente no es segura

⁹³ *Ibid*, p. 258.

⁹⁴ HART, H. L. A. *El Concepto del Derecho. Op. Cit.* nota 4. *cf*: págs.162-169.

del todo, no tenemos otro medio para ello. También HART hace referencia a que un sistema de interpretación al utilizar términos generales, requiere nuevamente de otra interpretación para poder desentrañar su significado, pero de ser esto así, él mismo conviene en que sería inútil todo intento por comunicarnos.

Podemos afirmar que para HART, si toda lectura o interpretación del mundo requiere de un criterio previo, ese criterio en el sistema normativo es dado por el sentido subjetivo y objetivo de los ciudadanos y ajenos que fijan su mirada y rigen su conducta con esas reglas; y el significado y connotación de la norma se sabrá mediante el empleo de la regla de reconocimiento.

Antes de estudiar lo que HART dice respecto de la interpretación, veamos lo que el filósofo Michel FOUCAULT dice en su obra *Las palabras y las Cosas*:

[...] de hecho no existe ni aún para la más ingenua de las experiencias, ninguna semejanza, ninguna distinción que no sea resultado de una operación precisa y de la aplicación de un criterio previo [...] Los códigos fundamentales de una cultura -los que rigen su lenguaje, sus esquemas preceptivos, sus cambios, su técnica, sus valores, la jerarquía de sus practicas- fijan de antemano para cada hombre los órdenes empíricos para los cuales tendrá algo que ver y dentro de los que se reconocerá. [...] ⁹⁵

La filiación analítica de HART le hace desconfiar del lenguaje una vez que es pasado por el tamiz del análisis de las voces que lo conforman, e incluso habla de una crisis de la comunicación⁹⁶.

Empero en la practica se sabe que no todo el tiempo desconfiamos del lenguaje ni no la pasamos analizando sus implicaciones y confusiones de su generalidad, hay hechos conocidos a los que las reglas se aplican sin dudar, son los que denomina “casos claros”, de estos dice “[...] son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios [...]”⁹⁷ También menciona los casos reales difíciles, en los que no es posible solucionarlos como si hubiera una única respuestas

⁹⁵ FOUCAULT, Michel. *Las Palabras y las Cosas*. Op. Cit. nota 67. p. 5.

⁹⁶ H. L. A. HART, *El concepto del Derecho*. Op. Cit. nota 4. Cfr: p. 159.

⁹⁷ *Ibid*, p. 158.

correcta. Por lo que entre el formalismo y el escepticismo jurídico, HART encuentra que en la historia de los sistemas normativos casi todos han pasado por épocas donde algunos de los extremos se acentúa mas que el otro, pero por lo general ambos se encuentran combinados formando así una zona de certidumbre referida a los casos comunes, y otra zona de incertidumbre donde se ubican los casos difíciles.

En un análisis exhaustivo del lenguaje las fronteras marcadas entre los grandes sistemas normativos occidentales quedan borradas, pues el derecho escrito también se vale del uso del precedente a través de la jurisprudencia que sirve a modo de ejemplo en como el juzgador debe resolver el caso concreto que se le presenta y para el cual las reglas establecidas parecen no estar lo suficientemente claras.

Recordemos que las tesis jurisprudenciales si son confirmadas en cinco casos iguales resueltos de la misma manera sin que haya uno en contrario darán como resultado que se cree jurisprudencia, la cual están obligados a observar los tribunales de nuestro país. Esto evidencia hasta que punto la repetición en las soluciones de casos concretos a través de las conductas reiteradas procura certeza en el modo en como los demás juzgadores deberán de resolver los casos análogos que se les presenten. Y esto también tiene que ver con la seguridad jurídica de los gobernados, pues al conocer la forma en como se han resuelto los casos anteriores pueden aducir argumentos en su favor, pero recordemos que esto no confirma la teoría de la predicción jurídica.

1. ESCEPTICISMO JURÍDICO

Los argumentos que HART esgrime contra la teoría jurídica mecánica y la teoría de la predicción, son: 1. Tenemos el poder de la decisión; lo cual nos hace falibles al no ser dioses; 2. Esto es parte de la condición humana; 3. El mundo en el que vivimos no es finito, por lo que no todo puede ser conocido y especificado por anticipado. Además de dos obstáculos: a) La ignorancia de los hechos; y b) La indeterminación de propósitos.

Si la generalidad del lenguaje no permite la certeza anticipada en el derecho que se escribe (legisla) para ser aplicado, entonces, hay un vinculo entre la textura abierta y la regla de cambio, esto es; que cuando el caso concreto

se presenta y la generalidad de la regla no lo contempla. Pero es tal el hecho que puede subsumirse a alguna regla preexistente adecuándolo argumentativamente. De tal manera que la regla de cambio se hace necesaria para poder modificar y adecuar la preexistente al nuevo caso concreto y poder resolverlo.

2. FORMALISMO JURÍDICO

Es fácil creer que es posible poder anticiparnos a la resolución de todos los casos posibles que puedan presentarse. Por lo menos este es el propósito principal del objetivo de procurar seguridad jurídica a los gobernados, incluso, si las reglas se han escrito ha sido para poder ser conocidas por todos, y para que no haya aplicaciones arbitrarias de reglas inexistentes.

HART define así el formalismo o conceptualismo jurídico: “[...] consiste en una actitud ante las reglas verbalmente formuladas que procura encubrir y minimizar la necesidad de tal elección, una vez que la regla ha sido establecida. Una manera de hacer esto es congelar el significado de la regla [...]”⁹⁸ También refiere que es sobre todo un vicio de los jueces, no de los juristas, y que no es una reducción a una supuesta lógica del pensamiento, pues la lógica no prescribe la interpretación de los términos jurídicos, sino solo establece reglas de inferencia de proposiciones a conclusiones.

El formalismo o conceptualismo jurídico vemos que daría la razón a la teoría de la predicibilidad, y con ello al poder determinar cuales han de ser los resultados de un juicio o procedimientos, convirtiendo así al derecho en un calculo racional que sopesa los hechos, las reglas y anticipa el resultado. Lo cual no es posible en muchos de los casos, empero un mínimo al menos de certeza jurídica se requiere en todo sistema normativo, lo cual no debe de ser confundido con el modelo de interpretación de las normas, el cual se utiliza para adecuarlas a los casos concretos. Sin embargo, mencionamos que ese mínimo se debe trocar en la garantía de seguridad requerida en todo sistema jurídico de los Estados modernos, que no certeza jurídica respecto de los resultados de un juicio en particular.

Es difícil que los extremos absolutos se den plenamente en algún sistema normativo, casi todos son resultado de una combinación de ambos, que como

⁹⁸ *Ibid*, p. 161.

hemos mencionado al inicio de este tema, son los que HART denomina la zona de certidumbre y la de incertidumbre jurídica.

3. DERECHO Y MORAL EN EL MODELO DE INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS

Es en la zona de incertidumbre jurídica donde se presentan los casos reales difíciles, y aquí es donde debemos detenernos a analizar que vínculo existe entre el modelo de interpretación y la relación entre el derecho y la moral.⁹⁹

Si partimos de los problemas de lenguaje, donde se considera la textura abierta de este, y por ende su imprecisión congénita para poderse referir a todas las situaciones de hecho y derecho posibles. Este margen de textura abierta que deja la posibilidad de poder aplicar el modelo de interpretación de las normas a los casos difíciles que se presenten al juzgador, le da a éste cierto campo de acción mediante la interpretación y elección de las reglas que han de ser aplicadas y la manera en como esto ha de hacerse.

Así la elección de la regla es un acto volitivo que implica el conocimiento de las mismas que el juzgador tiene, lo que lo aleja de que la aplicación de las reglas jurídicas sea una mera fórmula o receta que deba seguirse, pues cuando las cuestiones no son claras se debe acudir al criterio que el juzgador basados en su experiencia y conocimientos debe de realizar el acto de elección.

No obstante que haya elegido las reglas con las cuales debe resolverse dicho caso, puede suceder que estas por sí no se refieran sino de manera mínima o superficial al asunto que les ocupa, y que aun no existan reglas o directivas oficiales, como HART las llama. Por lo que el juez tendrá que resolver con lo que tiene, pudiendo optar por explicitar la regla que más se adecue, o como en el caso de nuestra legislación en algunas de sus materias que permite acudir a los principios generales del derecho, si este es el caso. Entonces, nos encontramos con que el juez deberá partir del conocimiento de estos principios y de sus propias circunstancias crear o desarrollar la manera en cómo ha de resolver. Lo cual para algunos implica que el juez ha creado derecho, y para

⁹⁹ Cuando se está en zona de penumbra y la decisión jurídica debe acudir a la racionalidad para poder resolver la controversia, la decisión se aleja de la relación lógica de inferir la respuesta de las premisas, lo que nos lleva a una “intersección necesaria entre derecho y moral”. *Vid. H. L. A. HART, Derecho y Moral... Op. Cit. nota 1, Cfr. p. 27.*

otros, que el juez solo ha explicitado lo que en las reglas se encontraba, pero que se requería de mayor perspicacia para poder inferirlo y desarrollarlo.

HART menciona respecto de la textura abierta del derecho que:

[...] hay áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales, o por los funcionarios que buscan hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto cuyo peso varía de caso a caso. No obstante ello, la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas [...]¹⁰⁰

Es en este momento de inferencia en que, a falta de reglas claras, la labor del juez lo acerca a lo que el sistema normativo moral establece, pues faltando reglas claras para poder aplicarlas al caso concreto, este debe acudir a los principios generales, y estos están en su origen íntimamente ligados a lo que la moral establece. Así las ideas referentes de que el sistema moral de una sociedad persigue lo que sea bueno, malo, justo o injusto, se trocan en la praxis jurídica en complementos que explicitan la regla y se vinculan a los principios del derecho. Siendo este el punto en donde la moral y el derecho se vinculan en el modelo de las normas Hartiano.

Frente a la incertidumbre que deviene de la textura abierta del lenguaje, y los casos difíciles de los que hemos hablado que propician el vínculo que existe entre el derecho y la moral, HART menciona dos técnicas que se utilizan para resolverlos:

1. Es en el que la legislatura crea reglas generales o de textura amplia, delegando a un cuerpo administrativo la tarea de modelar reglas adaptadas a las necesidades de estos, aquí dice que no cabe la posibilidad de tener una única respuesta correcta, sino de ser tal que siempre se esté adecuando al caso que lo requiera.
2. El empleo de juicios comunes sobre lo que es razonable, que es el de empleo de estándares variables.¹⁰¹

¹⁰⁰ HART, H. L. A. *El concepto del Derecho*. Op. Cit. nota 4. Cfr. p. 168.

¹⁰¹ *Ibid*, p. 163.

En contraposición a estas, se encuentran aquellas áreas de conducta que son reguladas con anticipación mediante reglas que exigen acciones específicas. Tales reglas son aquellas donde se coincide en la protección a un valor jurídico determinado, sin considerar la forma en como se transgreda éste, por lo que la textura abierta se encuentra en su periferia, y los valores jurídicos son establecidos de antemano.

IX. *POST SCRIPTUM* AL CONCEPTO DEL DERECHO

La obra más importante de HART, *El Concepto del Derecho*, contó con muchos detractores, destacando Lon L. FULLER y Ronald DWORKIN. Del primero hemos mencionado en notas al pie de página cuáles son las divergencias más marcadas, así como las críticas más agudas¹⁰² que hace a HART. Respecto del segundo, HART inició una obra donde su propósito fue responder las críticas de DWORKIN, así como corregir su teoría en aquellos puntos en donde lo considerara necesario.¹⁰³

El *Post Scriptum al Concepto del Derecho*, es la obra a la que le dedicamos este subcapítulo, se trata de una anotación de los problemas que DWORKIN hizo a la obra de HART, *El Concepto del Derecho*, y en la que este último da una breve contestación. Tiene un propósito meramente expositivo, pues el análisis detallado se deja para el tema siguiente donde desarrollamos la obra de Ronald DWORKIN.

1. El primer punto de discusión de HART a la crítica de DWORKIN se centra en que HART elaboró una teoría general del derecho, descriptiva y moralmente neutra, en tanto que DWORKIN realizó una teoría jurídica en parte evaluativa,

¹⁰² Es sobre todo en su obra *La Moral del Derecho*, Op. Cit. nota 49, donde Lon L. FULLER dedica parte de su exposición a la crítica del *El Concepto del Derecho*, op. Cit. nota 4, de H. L. A. HART.

¹⁰³ HART, H. L. A. *Post Scriptum al Concepto del Derecho*. Traducción TAMAYO Y SALMORÁN Rolando, México, Distrito Federal. Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, *vid.* Estudio preliminar pág. XXX, nota de los editores, pág. 3. y en pág. 11 el mismo HART lo menciona.

justificativa y dirigida a una cultura jurídica particular, que tiene un carácter principalmente interpretativo, e incluye principios y justificación moral.

Para DWORKIN la teoría descriptiva, no explica adecuadamente el punto de vista interno, ya que la mencionada teoría es la postura del punto de vista externo. La respuesta de HART, es en el sentido de que al observador externo no hay nada que le impida describir las formas en cómo los participantes ven el derecho desde el punto de vista interno, pero que no debe confundirse la labor descriptiva con la de compartir o adoptar la aceptación del participante.

En tanto para DWORKIN, la teoría debe de ser interpretativa y parcialmente evaluativa para poder resolver los problemas de sentido y significado de las proposiciones del derecho. A lo que HART responde que es un error que la labor descriptiva deba trocarse evaluativa, pues dicha descripción puede mantenerse como tal aún cuando lo que describa sea una evaluación¹⁰⁴.

2. Otro de los problemas señalados por DWORKIN es el que denomina el mal semántico. Éste consiste en que el significado de la voz derecho supone una fijación de su significado, y con ello el que la regla de reconocimiento exista en todos los órdenes jurídicos. Éste mal semántico supone también que existe un consenso entre los jueces y abogados respecto de las cuestiones lingüísticas del derecho, y que las únicas controversias posibles son respecto de los hechos históricos; contra lo que el autor mencionado señala que las proposiciones jurídicas son controvertibles, no solo en lo que se refiere a las cuestiones de hecho, sino, también los juicios morales y de valor. A esto HART contesta que en ninguna parte sostiene que el significado de la palabra derecho conlleve la existencia de la regla de reconocimiento en todos los órdenes jurídicos, y por otra parte, que DWORKIN confunde el significado del derecho con las proposiciones del mismo, y que al imputarle un positivismo de meros hechos, ignora que el último criterio de validez puede incorporar además del pedigrí, principios de justicia o valores morales.¹⁰⁵

3. A la crítica denominada: el ideal de expectativas protegidas, que resulta del convencionalismo por convicción que es compartido por jueces y abogados, según la cual los criterios de derecho son incontrovertibles. HART contesta que: 1) Su teoría no es de meros hechos, ya que el criterio es para determinar el derecho admite valores, y no meros hechos; 2) Que a diferencia

¹⁰⁴ *Ibid.* Cfr. págs. 11-18.

¹⁰⁵ *Ibid.* Cfr. pp. 19-23.

de DWORKIN, el propósito de HART no ha sido nunca sostener que el derecho tenga como objetivo justificar la coacción del Estado, ni que la regla de reconocimiento contribuya a anticipar la aplicación de sanciones. Pues esta regla es también importante cuando se trata del uso inteligente de sanciones, o para la planeación de la vida privada y pública.

4. Las críticas de lo que DWORKIN denomina el positivismo suave (nombrado en esta tesis como incluyente), es para HART una exageración: 1) Ya que aunque a diferencia del positivismo general, el incluyente admita criterios controvertibles, y una de sus principales funciones sea la de proporcionar certidumbre, no lo realiza a cualquier costo, y un margen de certidumbre debe ser tolerado. 2) La discreción judicial que deviene de la textura abierta de las normas, no es admitida por DWORKIN, pues esto implica que haya violación al principio de no retroactividad, pues para DWORKIN la respuesta correcta se encuentra dentro del propio sistema normativo, y debe ser acorde a la historia constitucional y a la mejor justificación moral. 3) Que esta variante del positivismo incluya valores morales dentro de su criterio de validez, es una cuestión que debe quedarse abierta en lo que se refiere a la objetividad de los principios y valores morales, y que deben considerarse solo como direcciones para los tribunales para crear derecho conforme a la moralidad, y no como asuntos concluidos.

5. Que el derecho se presente solo integrado por reglas, es ignorar los principios jurídicos, y que para adoptarlos como parte de esta teoría es necesario abandonar las principales doctrinas centrales de HART. Él acepta que ha dicho muy poco respecto de los principios, y da crédito a la crítica realizada, de no enfatizar su carácter no concluyente, pero esto no implica que el derecho se agote sólo en reglas de todo o nada, pero por razones de juridicidad es menester que muchas de las conductas humanas queden reguladas por estas reglas y no por principios. También realiza un análisis comparativo en el que a pesar de los rasgos de generalidad, deseabilidad, no concluyente, de peso, no son tan distintos en cuanto al modo de funcionar de las reglas, y que en determinados casos las reglas también pueden aplicarse considerando su importancia, u otros en que estén en conflicto: una regla y un principio.

6. Al ser esenciales los principios en el derecho, tal como es concebido por DWORKIN, éste critica que la regla de reconocimiento no se puede emplear para reconocer a los principios. A lo que HART contesta que DWORKIN ha erra-

do al no considerar que muchos de los principios no pueden ser identificados por su pedigrí (manera de creación), y por otra parte se equivoca al creer que la regla de reconocimiento solo puede proveer criterios de pedigrí, por lo que DWORKIN reconsidera que efectivamente muchos principios no son fáciles de identificar, y que otros sí se pueden localizar mediante el pedigrí.

7. La distinción conceptual entre el derecho y la moral, sostenida por HART es criticada por DWORKIN, para quien el derecho mantiene una íntima relación con la moral. Esta diferencia se da prácticamente en todos los niveles de la teoría Hartiana en el caso de la identificación. Para DWORKIN, siempre debe haber un juicio moral implicado, en tanto que para HART solo en aquellos casos en que la regla incorpora criterios morales. La vulnerabilidad de esta postura de incluir necesariamente juicios morales, es que en aquellos sistemas en que los criterios morales sean perversos, no existiría referente para la crítica del derecho, por lo que DWORKIN introduce el sentido preinterpretativo para los casos en que el derecho sea moralmente malo.¹⁰⁶

¹⁰⁶ A la concepción de un sistema de principios donde todos queden ensamblados sin que ninguno tenga que ser sacrificado, lo denomina “optimismo romántico”. *Vid.* H. L. A. HART, *Derecho y Moral, Contribuciones a su Análisis. Op. Cit.* nota 1, *Cfr.* p. 48.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL POSITIVISMO DE JOSEPH RAZ

El derecho pretende proporcionar el marco general para la conducción de todos los aspectos de la vida social y se sitúa a sí mismo como el guardián supremo de la sociedad.

Joseph RAZ
Razón Práctica y Normas, p. 179.

I. NOTA INTRODUCTORIA

LA DISCUSIÓN EN EL IUSPOSITIVISMO SE HA DADO EN DIFERENTES FRENTEs, quizá de los más polémicos haya sido el que existió entre los profesores HART y DWORKIN, sobre todo si atendemos a la discusión publicada por ellos en sus obras: *Post Scriptum al Concepto del Derecho* y *Los Derechos en Serio*¹, respectivamente. Empero, nuestro propósito es hacer primero un seguimiento de las ideas de la relación y/o distinción entre el derecho y la moral entre quienes son quizá de los más eximios representantes del iuspositivismo, en sus variantes incluyente y excluyente. Por ello hemos dedicado el primer capítulo a quien representa a la variante incluyente más importante, y ahora emprendemos el estudio de quien es quizá el más importante de los filósofos del derecho de postura excluyente. Y en el siguiente capítulo indagaremos en la obra de quien es considerado un neoiusnaturalista, o antipositivista que intenta construir una tercera vía basado en el liberalismo individualista².

El desarrollo del pensamiento iusfilosófico del profesor Joseph RAZ tiene una coherencia a la que podemos denominar hilo conductor. Este hilo conductor parte de la idea básica de las razones, razones para la acción, razones excluyentes, razones operativas, razones concluyentes y razones protegidas. La idea de las razones es la parte fundamental que nos permitirá el entendimiento de los aspectos lógicos, discursivos y fácticos de lo que denominamos derecho, por ello está dedicado a su estudio el primer tema de éste capítulo.

¹ Don Fernando SALMERÓN dedica algunas muy ilustrativas páginas al análisis de este debate en un artículo intitulado “Sobre moral y derecho, Apunte para la controversia HART-DWORKIN”, publicado en VÁZQUEZ Rodolfo (comp.) *Derecho y moral, Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona, España. Gedisa, 1998. Cfr. págs. 80-112.

² Vid. págs. 7-12 del prólogo de Alberto Calsamiglia en DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. trad. Marta Gustavino. Barcelona, España. Planeta-De Agostini 1993.

Las razones especialmente la razón para la acción y las razones protegidas integran a la norma subyaciendo a esta ya como razón completa, o como parte de una razón que en relación con otras normas se complementa, de allí la relación entre razones y norma, y la relación entre las normas integrando sistemas jurídicos.

Ocupa un lugar importante en esta teoría la idea de autoridad y la tesis de las fuentes sociales del derecho, las características de que la autoridad de *facto* tiene pretensiones de ser legítima y eficaz, la vinculación que entre la autoridad y el derecho existe, y primordialmente la autoridad del derecho. Toda esta parte teórico-descriptiva junto con la tesis de las fuentes sociales del derecho nos llevará a poder referirnos con cierta precisión y de manera contextualizada a la tesis del positivismo excluyente de Joseph Raz.³

II. RAZONES PARA LA ACCIÓN

El desarrollo teórico del autor en comento inicia por lo que denomina las razones para la acción, lo cual es el concepto clave para la explicación de las normas, así como lo referente a las órdenes, mandatos y autoridad.⁴

La explicitación de su pensamiento nos da elementos suficientes para considerar que su postura se desenvuelve desde la perspectiva de la lógica, sobre todo la lógica analítica referida al lenguaje, con base en la cual se analizan las proposiciones que conforman las reglas jurídicas: oraciones normativas, órdenes y prohibiciones, construidas con el lenguaje. Las razones de la acción es el punto de partida que como mínimo elemento conforma la estructura normativa de lo que decimos es derecho, y como elemento mínimo es objeto de estudio de una teoría jurídica que incluye otros instrumentos teóricos que nos

³ VEGA, GÓMEZ Juan, “El Positivismo Excluyente de Raz”, publicado en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado No. 110*, Mayo-agosto 2004, México, Distrito Federal. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Allí se encuentra la exposición más precisa y visión de conjunto sobre el positivismo excluyente de Joseph Raz.

⁴ RAZ, Joseph. *Razón Práctica y Normas*. trad. Juan Ruiz Manero. Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 12.

permiten explicar la postura del autor. Entre estos instrumentos encontramos: una teoría del valor y una teoría de la imputación, así como los conceptos más importantes: reglas, deberes, obligaciones, y derechos.

Las razones para la acción explican los motivos de los seres humanos para realizar una conducta u otra, a estos motivos para la acción también se les denomina razón práctica⁵.

Robert ALEXY define la razón práctica como “[...] la facultad que permite llegar a juicios prácticos de acuerdo con este sistema de reglas”.⁶

Las razones las hay diversas, pero las de la acción y de la creencia son las más importantes, la voz razón refiere a explicar, valorar y guiar la conducta⁷; por lo que podemos percatarnos que tiene al menos tres aspectos discursivos diferentes, y pueden ser:

- i) **Explicativa:** en cuanto a los motivos y ejecución de la acción considerándola en un esquema amplio en que hay un universo posible de acciones que pueden ser realizadas, pero que por afanes metodológicos se circunscriben a las más esenciales para el caso de que se trate, así ya no son los usos (práctica), ni las reglas sociales los que van a dar los elementos distintivos del aspecto normativo (ej. si los fieles deben ponerse el sombrero en la iglesia y por qué).
- ii) **Valorativa:** en cuanto a que bueno o malo son los valores que ética y moralmente se consideran para referirse a una acción, donde los valores serán subsumidos a la estructura normativa siendo explicada desde las razones para la acción como razones operativas.
- iii) **Como guía de la conducta:** en que dan cuenta de los deberes y derechos que le son impuestos al agente o ciudadano, y la forma en como se da o debe dar cumplimiento a lo ordenado o prohibido.

⁵ SUÁREZ VILLEGAS, Juan Carlos. *¿Hay obligación Moral de Obedecer al Derecho?*, Madrid, España. Tecnos, 1996. *Cfr:* p. 66.

⁶ ALEXY, Robert. *El Concepto y Validez del Derecho*. Segunda edición, trad. Jorge M. Seña. Barcelona, España. Gedisa, 2004. p. 137.

⁷ RAZ, Joseph. *Razón Práctica y Normas*. *Op. cit.* nota 4, p. 18.

Los contextos y el análisis lógico son parte de la circunstancia en que las razones deben ser examinadas⁸. Habíamos mencionado que las razones para la acción y razones para la creencia son las más importantes, esto a tal grado que en ocasiones las segundas pueden equivaler a las primeras, pero no a la inversa en su totalidad.

Las razones se dan en la vida de los humanos, aunque como tales solo pueden ser distinguidas luego del análisis teórico, porque la realidad se nos impone como hechos, en los que están implícitos valores, pero de los que deben distinguirse las creencias, pues éstas no son determinantes de los hechos y sólo en algunas ocasiones pueden dar cuenta de lo realizado, pero sólo explicativamente, en tanto que las razones de los hechos son normativamente significativas por su carácter de guía de conducta. Por ello se puede afirmar que una persona actuó de determinada manera teniendo una razón para la acción, dado que los hechos eran “x”, pero no puede aseverarse lo mismo si justificamos o explicamos su conducta fundados en que la persona creyó “y”, ni en cualquier caso en que se refiera a algunas de las formas de creencia: “probabilidad”, “esperanza”⁹.

Desde una perspectiva lógica el autor sostiene que hay **razones completas** aunque casi nunca las usemos en la vida cotidiana, estas razones son un conjunto de premisas que implican una razón para realizar una cierta acción, estas premisas son aquellas que pueden referirse a la acción que se realiza, y que no se encuentran algunas que la impidan o cuestionen, lógicamente es una razón completa. Empero estas razones completas son de carácter atómico, pues se componen de múltiples razones que en determinadas situaciones pueden ser razones diversas, complementarias o contrarias¹⁰.

Las razones pueden entrar en conflicto y para poder determinar cuál ha de prevalecer, debe atenderse a la fuerza de cada una de ellas (que es una característica definitoria), en estos casos una se impondrá a la otra sea en conjunto o de modo individual, aunque debe considerarse que existen condiciones para

⁸ Para un estudio de las corrientes generales de la razón práctica en cuanto a modelos históricos: “aristotélico”, “hobbesiana” y “kantiana”, *Vid.* ALEXY, Robert. *El Concepto de Validez...* *Op. cit.* nota 6, págs. 131-157.

⁹ RAZ, Joseph. *Razón Práctica y Normas*, *Op. cit.* nota 4, págs. 20-25.

¹⁰ *Ibid*, p. 27.

la cancelación de la razón, aún cuando sea la más fuerte. Para determinar la fuerza de las razones puede atenderse a su clasificación:

- i) **Razón concluyente:** no ha sido cancelada, ni hay nada que la supere.
- ii) **Razón absoluta:** no hay nada que la supere, pero puede ser cancelada.
- iii) **Razón *prima facie*:** no es ninguna de la anteriores. Aclarando que no toda razón absoluta es concluyente, ni a la inversa; esto es:

Una razón puede ser concluyente porque supera todas las razones existentes que están en conflicto con ella y no ser, sin embargo, absoluta porque no superaría a una determinada razón posible, si realmente fuera el caso de que se diera una razón. No toda razón absoluta es concluyente, pues p puede ser una razón absoluta aún cuando sea cancelada por q . En este caso no sería una razón concluyente.¹¹

Las razones para la acción que explican el hecho que se ha realizado pueden ser expresadas a manera de silogismo, en el que existe una inferencia práctica entre las premisas y su conclusión, al reducirse a su esquema lógico, puede encontrarse equivalencias entre las proposiciones de deber (principalmente las generales) y las de razón. Con las proposiciones de “debe” en sentido particular hay implicaciones pragmáticas que resolver previo a establecer la analogía; puede concluirse que los enunciados de “debe” y los de “hay una razón” lógicamente pueden inferirse igual, y la diferencia que puede encontrarse es referida a su implicación pragmática.

Es muy importante la manera en que desde la perspectiva lógica se distinga entre estructura lógica y distinción terminológica; esto, respecto a que el valor aún de carácter moral puede ser asimilado a la estructura lógica de la razón y su inferencia ser semejante. La razón puede contener valores, y los valores pueden subsumirse a las razones, ya que la distinción es terminológica, no lógica, por lo que ambos pueden ser tratados como términos exclusivamente normativos¹². Esta asimilación lógica lo es también a nivel argumentativo y de pertenencia a lo normativo, así para la teoría descriptiva lo moral así pierde su distinción con lo normativo. Al asimilarse adquiere

¹¹ *Ibid*, p. 31.

¹² *Ibid*, p. 35.

también un carácter instrumental en cuanto a la búsqueda de la realización de determinados fines del sistema, o lo que se denomina razón operativa¹³.

Veremos que el elemento esencial y distintivo de lo normativo es la razón excluyente, en este sentido, es importante poner atención en que las razones operativas son valores, deseos o intereses, por lo que hemos vuelto al primer tema planteado, en el que distinguimos las razones de los deseos o creencias. Aquí la distinción con estas inclinaciones se ha mantenido, empero, los valores, deseos o intereses se han subsumido a la estructura de las razones operativas, las cuales a su vez integran las razones completas¹⁴.

Las consecuencias de subsumir los valores, deseos e intereses a las razones operativas, será el que formarán parte del elemento distintivo de lo normativo desde su base como supuestos de la propia estructura; pero al unísono perderán autonomía para ser consideradas de manera separada, vinculado a ello, que tales voces son tan amplias que bien pueden contener hasta las propias creencias sean colectivas o derivadas de la práctica. De las razones operativas a las normas hay un paso, y el profesor RAZ lo da al decir “Una de las principales tesis del próximo capítulo es que las normas son razones operativas, aunque no son valores”¹⁵.

Antes de pasar al siguiente tema que versa sobre las normas, profundicemos sobre las razones. Estas las hay también auxiliares (**razones auxiliares**): cuya función es permitir identificar el acto que se debe realizar.

Las razones debe clasificárseles en: de primero y segundo grado, y los conflictos se resuelven en razón de su peso y fuerza, sometiéndolas a un balance de razones, y realizando lo que resulte como razón concluyente¹⁶. En el caso de conflicto de razones de primer orden es un balance personal, pero cuando son razones de segundo orden o una de primer y otra de segundo, entonces,

¹³ Para el filósofo APEL, la razón práctica como racionalidad cuando carece de contenido ético y su empleo es de carácter estratégico se denomina racionalidad técnico-instrumental, en tanto que él sostiene la racionalidad ética de la comunicación como base del discurso y la conducta. *Vid.* Otto APEL, Karl. *Estudios Éticos*, trad. Carlos Santiago. México, Distrito Federal. Fontamara, 1999, págs. 27-28.

¹⁴ RAZ, Joseph. *Razón Práctica y Normas*, *Op. cit.* nota 4, *Cfr.* p. 37 y 38.

¹⁵ *Idem*, *Cfr.* p. 38.

¹⁶ *Ibid*, *Cfr.* págs. 40-41.

el balance es realizado por la autoridad mediante la institución aplicadora o creadora de normas.

Son **razones de primer orden** las que resultan del balance de razones que el sujeto realiza como predeterminación o decisión de su conducta, en tanto que las **razones de segundo orden** son excluyentes, autoritativas y legales, pues nos referimos a aquellas dadas por una autoridad como directrices de conducta con el propósito de que sean cumplidas; son toda razón para actuar por una razón, o razón para abstenerse de actuar por una razón. En cualquier conflicto entre las razones de primer orden y las de segundo grado excluyentes, prevalece siempre la excluyente, aún cuando lo que ésta ordena, prohíbe, o faculta... pueda ser realizado mediante una acción distinta superada por una de segundo orden.

Una de las más importantes aportaciones a la filosofía del derecho es la de las **razones excluyentes**¹⁷, que son importantes para las normas, a tal grado que en pro de la agilidad en la toma de decisiones en ocasiones nos deberemos sujetar a decisiones ya pre-elaboradas, consistiendo en razones excluyentes, las cuales podrán eliminar el balance de razones. El sentido práctico es manifiesto en el ámbito teórico mediante las razones excluyentes, la postura de afrontar la cotidianidad normativa con instrumentos que permitan dar solución pronta y lo más apegado a lo correcto subyace a esta estructura la cual también evidencia rasgos de pragmatismo y utilitarismo, al menos desde este sentido práctico, aunque quizá eficaz.

Las razones para la acción en su carácter de excluyentes sean de primer o segundo orden nos permiten explicar la mayor parte de los casos de razón práctica de quienes realizan las conductas. Tanto razón práctica (creencias, convicciones éticas, morales, gustos...) como razón para la acción pueden coincidir, pero en muchos casos puede ocurrir que quien deba cumplir con la razón para la acción desconozca la norma en la que se encuentra constreñida y a pesar de ello la cumpla por razones de pura conveniencia, a esto se le denomina sensibilidad¹⁸. La sensibilidad tiene un aspecto subjetivo que vinculado con la razón práctica en la mayoría de los casos, empero, el orden jurídico pretende certidumbre y seguridad de quienes deben cumplirlo, por lo cual

¹⁷ VEGA GÓMEZ, Juan. *El Positivismo Excluyente de Raz*, *Op. cit.* nota 4, p. 713.

¹⁸ RAZ, Joseph. *Razón Práctica y Normas*. *Op. cit.* nota 4, *Cfr.* p. 222. Se trata de lo escrito por el autor en el *post scriptum* a la segunda edición.

ante la insensibilidad (incumplimiento) sea por convicción o por irracionalidad se debe hacer efectivo como razón excluyente de segundo orden.

Aunque considérese que las razones no son absolutas y no obstante su fuerza subsiste la autonomía del sujeto que debe cumplirla, ya que aún a pesar de la fuerza de la razón mediante una norma el sujeto puede no observarla.

La razón excluyente aún cuando de segundo grado se nos impone como exigencia de realizar la conducta, impidiendo que sea sometida al balance de razones, en tanto, que otra razón que no sea excluyente aún cuando sea de primer grado permite ser sometida al balance de razones y no nos exige su cumplimiento.

Las razones tienen en su mayoría un uso instrumental que las aleja de su concepción moral, al menos en el sentido kantiano, de cumplir con lo ordenado por sí mismo, pues la razón moral puede ser de primer grado y no cumplirse con ella, en tanto que la razón excluyente puede ser de segundo grado (por no coincidir con la razón de primer grado como resultado del balance razones) e imponérsenos como la que debe cumplirse. Puede ser el caso de que incluso no se siga la razón excluyente, pero que al seguirse una razón distinta, esta coincida con el propósito de la razón excluyente, de tal manera que aún por casualidad se ha cumplido con lo que la razón excluyente ordenaba, importa por tanto que se de cumplimiento a lo previsto en la razón excluyente como razón instrumental subordinada a un fin.

Considerando lo anterior, de que debe prevalecer el fin como razón instrumental, esta es una excepción pero no lo que generalmente ocurre, puesto que la razón excluyente tiene como característica el no permitir actuar por otras razones válidas, aún cuando sean de primer orden, sino el de imponerse a las otras razones a efecto de hacer prevalecer el orden, la certidumbre y seguridad de quienes se guían conforme a ellas. Las razones excluidas no son anuladas ni canceladas, sino que dejan de guiar la conducta, y no tenemos el compromiso de actuar de conformidad con una razón excluida¹⁹.

Las directivas funcionan como razones para la acción, en tanto son razones excluyentes²⁰ se imponen como lo que debe hacerse basado en la fuerza de la autoridad y en su experiencia, el “debe” es en sentido de guía y motivación

¹⁹ *Ibid*, Cfr. p. 229.

²⁰ VEGA GÓMEZ, Juan. *El Positivismo Excluyente de Raz*, *Op. cit.* nota 3, p. 715.

para la conducta de los agentes o ciudadanos a quienes se dirige, la cual es considerada adecuada (correcta) por la autoridad.

La razón excluyente nos da la pauta para hacer la inferencia práctica de la conducta de quienes deben cumplirla, pues como razón para la acción y excluyente (razón protegida, cuando es ambas a la vez) establece que si <A> está en la situación de , debe hacer <C> para que se cumpla con <D>, por lo tanto, no debe hacer <E> o cualquiera otra, de lo que se sigue que si efectivamente <A> está en la situación de inferimos que <A> debió hacer <C>, y nuestra inferencia práctica es correcta dado que el resultado es <D>. Pero ya hemos dicho que si <A> estando en no hace <C>, y hace cualquiera otra, pero es <D>, también se cumple con el propósito de la razón protegida²¹; pero no hacer <C> no es una excepción a la razón excluyente, pues solo las normas tienen excepciones, las razones no.

Veamos el caso de incumplimiento indirecto con un breve ejemplo: el propietario de un fundo tiene el inconveniente de que en los límites de éste plantó un árbol que ahora es enorme, cuyas raíces y ramas están muy próximas a afectar la construcción de un inmueble vecino, al plantarlo no observó la disposición que lo prohíbe, empero, ahora tiene la necesidad de ocupar ese espacio para convertirlo en cochera por lo que decide cortar el árbol y desenterrar sus raíces. En este caso se evita afectar un bien ajeno, pero el sujeto no realiza la conducta porque cumpla con lo ordenado en la ley, sino que lo hace por razones de conveniencia, las cuales coinciden con lo ordenado en la norma.

Las razones pueden estar en conflicto y pueden manifestarse por el conflicto entre normas. En una norma puede subyacer una razón completa o varias razones parciales que en relación con otras normas forman la razón completa sea como norma de mandato, permisiva o que confiera deberes²². Los conflictos de razones pueden ser parciales o generales, una razón puede cancelar a otra pero no anularla, cuando los conflictos son parciales, la razón que resulta del balance de razones queda como razón de primer orden y la otra de segundo, siendo la de primer orden la adecuada para conseguir el propósito y la segunda como una alternativa para su logro²³.

²¹ RAZ, Joseph. *Razón Práctica y Normas*, *Op. cit.* nota 4, *Cfr.* p. 247, 248.

²² Véase el tema de Teoría de los Sistemas Jurídicos.

²³ *Ibid.*, *Cfr.* p. 234.

Las **razones excluyentes** pueden ser también **razones protegidas**. **Excluyentes**, en tanto, son la combinación del acto que uno se ha comprometido a realizar, o el ordenado por la regla, y una razón excluyente para no actuar por otras razones. **Protegidas**, en tanto que contienen un propósito instrumental de lograr un objetivo determinado, ya han pasado por el balance de razones, contienen lo previsible en relación a otras conductas que puedan realizarse, se establecen como guías de conducta que procuran certeza y seguridad para quienes deban seguirlas, y su aplicación es objetiva en tanto se excluyen que los que deban cumplirlas puedan someterlas a un nuevo balance de razones que afecte la conducta ordenada en la razón excluyente.

En este punto importa la confianza del agente que deba cumplir con la razón excluyente, confianza razonada en tanto que debe hacer lo que otro ha razonado previamente como predecible y justificable de la conducta que debe realizarse y en razón de la coordinación de los agentes que deben cumplirla. Las razones protegidas se manifiestan mediante el tipo de normas que denominamos de mandato²⁴. Este concepto de razón protegida nos permitirá explicar posteriormente a las normas jurídicas como razones protegidas

Hasta este momento podemos percatarnos que el estudio de las razones nos evidencia que los problemas de los cuales el profesor RAZ se ocupa y describe, son los del modo en cómo el derecho está estructurado y el funcionamiento de los derechos, los deberes, las facultades legales, así como las acciones que tienen una consecuencia jurídica.

Por estos motivos, podemos decir que las razones se colocan en el fundamento de la teoría descriptiva del derecho. Esta postura epistemológica del derecho elimina gran parte de los problemas tratados por otros autores a nivel del derecho como un fenómeno social, y desde la perspectiva analítica nos colocan en la estructura desde la que se da cuenta de todas las formas de ser del derecho, y sus relaciones y distinciones con otros sistemas normativos.

²⁴ *Ibid*, Cfr. págs. 238, 241 y 242.

III. LA RELACIÓN ENTRE LAS REGLAS Y LAS RAZONES PARA LA ACCIÓN

Hay diferentes tipos de reglas: las permisivas, las que confieren poderes y las técnicas, pero el autor que seguimos solo se ocupa de las reglas y principios categóricos, y usa la voz “norma de mandato” para referirse a ambos²⁵. Las reglas también son particulares y generales, en tanto que los principios se refieren a cosas últimas, y entre reglas y principios no realiza distinción alguna.

La norma tradicionalmente ha sido estudiada en los elementos que la conforman, el autor VON WRIGHT enuncia cuatro:

- i) Operador deóntico.
- ii) Sujeto normativo.
- iii) Acto normativo.
- iv) Condiciones de aplicación.

Desde los primeros tres elementos no es posible diferenciar entre una norma y otras, es desde el punto de vista de considerar a las reglas como razones para la acción que puede diferenciarse entre ellas, y las condiciones solo para determinar su aplicación al caso. En la nota al pie de página de la obra referida podemos corroborar que a pesar de que las reglas no son hechos, deben ser consideradas razones para la acción²⁶.

La aseveración de que las reglas sean razones para la acción, y que precisamente las razones para la acción sean lo que pueda diferenciar a una regla de otra, o en un momento determinar su aplicabilidad a un caso concreto, es de lo más importante. En razón de que esto lo vincula directamente al tema de la juridicidad de las reglas, y posteriormente de las normas.

Tomemos lo anterior como el punto de partida para que se haga una revisión rápida de las maneras en cómo otros pensadores han pretendido resolver

²⁵ No trataremos de la distinción que pueda existir entre el uso de las voces regla y norma, por lo que deberemos entenderlos en la mayoría de los casos como semejantes en tanto que son directivas.

²⁶ *Ibid*, págs. 56-57.

el problema de la juridicidad, refiriéndonos a la teoría imperativa sostenida por John AUSTIN, y a la teoría práctica de H. L. A. HART²⁷. Podemos resumir la crítica al profesor HART diciendo que: no diferencia entre los tipos de reglas, atribuye el origen de la juridicidad a la práctica, no distingue las razones para la acción como razón normativa de una norma general, y confunde el elemento social con el jurídico.

La principal causa por la que considera que la teoría de la práctica no puede dar cuenta correctamente de las reglas, es porque, regla no significa práctica, ni toda práctica es una regla. Lo que hace que una regla sea tal es que esta sea una razón excluyente para actuar de un modo y no de otro, en tal caso la practica puede explicar el carácter vinculante desde la perspectiva moral (como práctica social) pero no determinar qué sea una regla. Así en el fondo de la discusión está el que toda regla sea una razón, pero no toda razón sea una regla, y aún, no toda regla es normativa, lo que nos devuelve al problema de la juridicidad de las reglas; la cual sólo se podrá aclarar en un sentido estrictamente normativo al partir del supuesto de que las razones excluyentes sean las que definan a las reglas dentro de un sistema normativo. Que sean las razones excluyentes las que determinen la juridicidad de las reglas nos devuelve a la aseveración que habíamos realizado al decir que las razones subyacen a la norma jurídica como razones legales y autoritativas.

Una vez que se distinguen a las reglas y las normas de mandato de cualquiera otra razón, tenemos que son excluyentes, y más comúnmente de segundo orden para realizar un acto, y excluyentes para no realizar cualquiera otro.

Las reglas tienen justificación social, entre las que se deben considerar están las de:

- i) Previsibilidad.
- ii) Utilidad.

Previsibilidad es cuando la regla ya superó el balance de razones previsibles, y tiene de antemano resuelto el caso que se presentase, siempre que se adecue a las circunstancias previstas, por lo que la regla es confiable. El principio de **utilidad** es necesario, pues no se tiene todo el tiempo para con-

²⁷ *Ibid*, p. 58.

siderar todos los pormenores que impliquen teorizar respecto de cada acto, o controversia que se presente, por lo que la regla economiza y agiliza el procedimiento, a la vez que excluye el balance razones²⁸.

Si nos quedáramos con sólo esta idea, pensaríamos que el profesor RAZ se está colocando al otro extremo del profesor DWORKIN, en lo que se refiere a teorizar para cada caso en concreto, uno optando por la previsibilidad y utilidad, y el otro por resolver cada caso difícil conforme a teorías tan elaboradas que solo el Juez Hércules es capaz de poder realizar; pero el asunto está aquí: quien opta por la utilidad y previsibilidad no se está planteando los casos difíciles, sino la manera en como normalmente funciona la regla, en tanto que el otro solo se refiere a los casos difíciles.

Actuar conforme a la regla es hacerlo conforme a la razón imperante, que es la excluyente, en sentido normativo es conducirse conforme a lo ordenado, por lo que no es arbitrario, incluso puede ser que sea sometido a revisión mediante el balance de razones, pero quien actúa conforme a la regla aún a pesar de haber realizado una conducta que no era la mejor luego de un análisis detenido, es eximible, pues se ha conducido partiendo del supuesto de que la regla que cumple ha pasado por el balance de razones y las ha superado todas, de tal manera que se le impone como una regla excluyente que no admite otra conducta. Aunque ahora surge la pregunta de por qué se impongan tales reglas, y quién lo hace, subsistiendo también la pregunta por el origen de la juridicidad, a las cuales daremos respuesta en el tema de Derecho y Autoridad.

IV. TIPOS DE NORMAS JURÍDICAS

En el contenido de la obra y propiamente del discurso del autor en comentario, nos encontramos con diversos tipos de normas y reglas, algunos por su generalidad e importancia son más referidos y estudiados, en tanto que otros son excluidos del desarrollo por no ser necesarios.

La norma es el eje central en el que la urdimbre de la postura teórica se elabora, es la forma de expresión más acabada dentro de lo que denominamos

²⁸ *Ibid*, Cfr. p. 66-67.

sistema normativo, así mismo, es síntesis de los elementos esenciales que lo conforman y subyacen en él, elementos que las convierten en razones completas, de segundo orden, y razones para la acción. La norma es también el elemento clave y referente en el iuspositivismo, y determinante para nuestro interés en el tema de la distinción entre el derecho y la moral, y la postura excluyente de Joseph RAZ. Siendo la norma uno de los puntos fuertes desde los que se pretende explicar el derecho distinguiéndolo de la moral, vinculado al estudio de las fuentes sociales del derecho y la labor descriptiva y valorativamente neutra de la teoría del derecho.

Haciendo un breve estudio sobre la manera en como aparece la voz norma en el discurso de nuestro autor, podemos encontrar que hay una clasificación general en dos tipos de normas, unas son denominadas de mandato, y las otras de no mandato, en las primeras realiza la aseveración de que “todas las normas de mandato son razones excluyentes”²⁹; y con la denominación norma de mandato se refiere a reglas y principios, normas particulares y colectivas. La voz norma de mandato es amplia y lo suficientemente general como para poder abarcar casi todas, excepto las de no mandato; que son normas permisivas y normas que confieren poderes.

1. NORMAS DE MANDATO

Nos hemos referido a ellas en la relación que existe entre las reglas y las razones para la acción, específicamente respecto de su justificación: consistente en su utilidad y previsibilidad, aunque hemos dejado cuestiones pendientes que escapaban a la relación estudiada en ese subtema, entre ellas la de la importancia de la norma como razón excluyente, y la función de la decisión en la norma, decisión también como razón excluyente.

Mencionaremos primero brevemente las dimensiones de las normas de mandato, lo cual más adelante nos llevará al tema de derecho y autoridad. La norma puede ser:

²⁹ *Ibid*, p. 71.

- i) Valida: ésta tiene que ver con la justificación y realización de las condiciones de aplicación de la norma, ambas deben coincidir para que sea vinculante para el sujeto que debe cumplirla.
- ii) Práctica: puede ayudar a explicar la aplicación y validez de una norma, pero no a la norma misma.
- iii) Prescrita: es establecida por un individuo o un grupo como una norma para guiar la conducta de otras personas.

La primera es la dimensión más importante ya que refiere a la validez de la razón misma³⁰.

Con el propósito de aclarar la naturaleza de las normas, profundizaremos primeramente en lo que nombra la voz decisión, esto en razón de las semejanzas que pueden existir entre las normas y las decisiones, al menos en lo que refiere a decisiones impuestas por una autoridad, también se establece las diferencias con la mera intención:

- i) Decidir es formar una intención.
- ii) Las decisiones se alcanzan como un resultado de la deliberación.
- iii) Las decisiones se toman previo a la acción.
- iv) Las decisiones son razones³¹.

La intención puede estar basada en una decisión, esto en los casos en que es resultado de la deliberación, y la intención es una razón excluyente por no admitir ninguna otra razón u argumento; y en el caso en que la intención no sea una razón excluyente, no es definitiva de la acción a ejecutar.

En términos generales la decisión semeja a la norma en cuanto es una razón excluyente para realizar algo, y no admitir ejecutar otra cosa; a la decisión como determinación se llega luego de un procedimiento interno que abarca las cuatro características mencionadas, y en este sentido se análoga a la norma en cuanto al proceso que sigue como justificación, en el que la norma establece su justificación como utilidad y previsibilidad, piénsese en la exposición de motivos de una ley, en los cuales se puede encontrar lo que

³⁰ *Ibid*, cfr. págs. 91-96.

³¹ *Ibid*, p. 71.

tradicionalmente se denomina “espíritu de la ley”, que es en realidad su justificación.

La decisión al igual que la promesa es una razón de primer orden en cuanto que resultado de la deliberación es asumida como la determinación de ejecutar la acción preconcebida. Empero, la norma es una razón de segundo orden, autoritativa y vinculativa que puede auxiliar a la promesa o decisión y constreñir a los sujetos a su cumplimiento, siempre que coincidan en cuanto al objetivo, coadyuvando con el sostenimiento del orden establecido. Aunque a diferencia de la decisión y la promesa que son razones de primer orden para quienes las asumen, la norma es razón de primer orden para quien la aplica y no para quien la debe observar, para quien es una razón de segundo orden, o puede coincidir con una de primer orden, siendo para ambos una razón excluyente en cuanto que no admite ninguna otra razón para dejar de hacer lo ordenado.

La decisión es por lo común resultado de un procedimiento interno del sujeto que ha de ejecutar la acción, y que la tiene como razón excluyente, aunque la dimensión del efecto de la decisión sobrepase al ámbito personal. En tanto que la norma es resultado de un procedimiento que en la mayoría de los casos le es mediato a quien debe cumplirlo, y se hace cumplir por un órgano dotado de facultades de coacción (como ejercicio legal del uso de la fuerza), por lo que es heterónimo respecto del sujeto a quien va dirigido.

En este sentido respecto del origen de la juridicidad se ha rechazado que sea la teoría de la práctica así como la teoría imperativa la que lo explique, y se propone que sean las razones excluyentes que subyacen a la norma las que den cuenta de ello. Empero, no puede excluirse plenamente que la convicción de los sujetos no sea de importancia para la observancia de lo que las normas establecen, por lo que entre las decisiones y las normas además de una semejanza en cuanto a razones excluyentes, también la hay en tanto ambas son consideradas como razones para la acción por quienes deben cumplirlas.

Por lo que la convicción y/o la creencia son elementos subjetivos que respecto a que debe hacerse lo que la norma establece. Es correcto que la norma no dejaría de ser tal aunque no se practicara, aunque para su cumplimiento es importante la credibilidad de quienes deben observarla, lo cual al margen de la estructura formal de las razones para la acción y las normas reintroduce un elemento ajeno en el cumplimiento de lo ordenado (credibilidad-*animus*),

elemento que viene con todas las cargas sociales y culturales del sujeto. La conclusión del autor es: “El punto que me interesa argumentar es que una persona sigue una regla sólo si cree que ella es una razón válida de primer orden y excluyente”³²

La similitud entre la norma y la decisión es respecto al razonamiento práctico, pues las justificaciones tanto de utilidad como de previsibilidad, no son suficientes para poder explicar que una norma sea cumplida por los sujetos a quienes va dirigida. Esta analogía también nos muestra los parecidos en el procedimiento para llegar a la determinación de que se está ante una razón excluyente y de primer orden.

Haciendo un recuento, encontramos que la norma tiene además de los elementos que se consideraron inicialmente: operador deóntico, sujeto normativo, acto normativo y condiciones de aplicación; otros que son: las razones completas, razones excluyentes, razones operativas y razones de primer orden; y en cuanto a su cumplimiento: la credibilidad, y su carácter heterónomo respecto del sujeto que ha de cumplirla, y la inmediatez respecto de quien se encarga de hacerla cumplir. Estos últimos no son propiamente elementos de la estructura formal de la norma, ya que se refieren a algo que les resulta ajeno, pues debe diferenciarse entre norma como estructura, y su cumplimiento como objetivo o función, tema que nos lleva al de la juridicidad que será tratado en el capítulo VI.

La justificación como utilidad y previsibilidad, no pueden dar cuenta plenamente de que la norma de mandato sea una razón excluyente para la conducta del sujeto. Ya que en la mayoría de las ocasiones quien se encuentra en las condiciones de aplicación no se detiene a considerar la exposición de motivos de una ley, ni realiza cálculos de costo-beneficio; es la credibilidad la que permite al sujeto tener por válida y excluyente la razón para realizar una conducta <a> y no una , pues si existe alguna norma que establezca lo que debe hacerse el sujeto realiza dicha conducta presumiendo que se conduce tal y como debe ser.

Por su parte, la razón excluyente agiliza la toma de decisiones y el procedimiento, y al mismo tiempo vuelve factible el no acudir al balance de razones cada vez que haya que tomar una decisión. Por lo que el análisis de peso e importancia de las razones, los argumentos de tipo moral y principios están

³² *Ibid*, p. 82.

excluidos, y pueden ser considerados como subsumidos a la razón excluyente que debe realizarse.

Considerar a la regla como razón excluyente es tenerla efectivamente como norma de mandato, aunque hay quienes sostienen que toda regla debe ser sometida al análisis del balance de razones y de sus elementos morales y valores. El profesor RAZ no niega la importancia de los valores y razones morales que deben formar parte de la norma. Pero debe distinguirse que el razonamiento práctico es el propio de lo normativo en cuanto a función y aplicabilidad institucional, el cual debe hacer más ágil la función de la norma en la sociedad, en tanto que el estudio y argumentación deben dejarse para el balance de razones y justificación. Así las normas deben ser razones completas en cuanto operan como promotoras de los valores subsumidos en ellas y refieren a las razones que subyacen a su estructura como razones para la acción³³.

Hay en el razonamiento práctico de las normas como razones para la acción una parte que puede ser considerada de certidumbre, y hay también otra parte que es difusa o de casos difíciles³⁴.

En ocasiones la norma se sigue como tal en las condiciones de aplicación, la razón excluyente no es cuestionada y la creencia en que se hace lo que se debe es confirmada por el procedimiento al que el sujeto se somete, o porque se evitan las consecuencias negativas. En este caso estamos ante el funcionamiento ordinario de la norma como razón para la acción y excluyente, empero, en otros casos puede considerarse que la norma no es congruente con la razón operativa que como razón completa refiere y salvaguarda, o que no es la idónea por no existir las condiciones de aplicación. Si esto último ocurre, entonces, se debe determinar la razón excluyente que se deba seguir mediante el balance de razones, así como la discusión respecto de los elementos que la justifican³⁵.

La norma de mandato considerada en estos términos resuelve la mayoría de los casos que puedan presentarse simplificando el razonamiento práctico. Pues las razones para la acción como razones protegidas suelen dar cuenta plenamente de lo que pueda ocurrir una vez que existan las circunstancias

³³ *Ibid*, Cfr. p. 86.

³⁴ Uso los términos con la connotación que aquí se le da, y no con el que tienen en las obras del profesor HART y DWORKIN, aunque pretendo que pueden existir ciertas analogías.

³⁵ *Ibid*, Cfr. p. 87.

de su aplicación, por lo que no es menester acudir a las razones en conflicto. Así mismo, las razones para la acción como razones completas llevan en sí los valores y razonamientos morales, por lo que en caso de complicación debe acudirse al balance de razones, aduciendo los argumentos necesarios para resolver el entuerto, más no será necesario elaborar una teoría que nos aleje dichas razones. De tal manera que lo normativo se resuelve dentro de lo normativo, las razones son elementos normativos y en sí están subsumidos valores y razonamientos no normativos, aunque formalmente al integrarse a la norma y ésta al sistema normativo adquieren este carácter.

Las normas que aplican los tribunales son casi siempre de mandato, estas tienen carácter vinculante y constituyen decisiones autoritativas³⁶ para las partes en conflicto, su propósito al ser aplicadas por el tribunal es la de resolver los litigios mediante una resolución que determine los derechos y deberes existentes, les atribuya o niegue derechos.

En este punto se debe distinguir entre los niveles discursivos de la norma y las consecuencias a nivel estructural y lógico:

- a) Las normas que determinan autoritativamente conforme a normas previas si existen derechos y deberes pueden ser correctas o incorrectas.

En ellas hay una inferencia lógica que determina su corrección por estar de antemano previstas, y al presentarse el caso concreto al cual se han de aplicar existe una reducción de los hechos a los supuestos normativos establecidos en las reglas. Hay también un análisis comparativo de la conducta realizada, y de la ordenada, permitida o limitada en la razón para la acción, y en la razón operante. Se determina si es una razón de primer o segundo orden y del tipo excluyente, o sólo de carácter concluyente que admitiera alguna excepción, y con base en el análisis se debe resolver con una determinación autoritativa que restablezca el orden imperante en caso de haberse infringido.

- b) Las normas tienen también un carácter vinculante, porque no solo se limitan a hacer una inferencia a fin de determinar los derechos y deberes.

³⁶ *Ibid*, Cfr. págs. 155-156. Se complementa este punto respecto a las instituciones del sistema jurídico en el capítulo siguiente.

Al decidir respecto de ellos confirman su existencia, los otorgan, o niegan, y la resolución dictada debe ser observada por las partes al estar respaldada en el carácter de autoridad que reviste todas las decisiones del tribunal. En este sentido la decisión fundada en normas es vinculante aún cuando esté equivocada, y las partes que estén inconformes deben apegarse a los procedimientos previstos para ello, hasta llegar a la institución que además de su carácter de ser aplicadora sea también creadora de normas.

Las instituciones del sistema jurídico decidirán el caso emitiendo una resolución fundada en el estudio de las conductas realizadas y las razones implícitas en las normas, creando si es el caso una disposición de carácter normativo vigente y válida que resuelva el caso, ésta determinación de carácter vinculante puede ser válida o no, en el sentido de que sea observada tanto en ese caso como posteriormente, y se integre al sistema jurídico vigente y válido.

2. NORMAS NO DE MANDATO

La descripción de la manera en como el derecho funciona como sistema sería incompleta si solo se tratase de las normas de mandato, pues muchos de los actos que realizan tanto los sujetos como las autoridades quedarían sin explicación. Por ello, es menester describir a las normas permisivas, siendo aquellas que vuelven a un acto permitido, estando antes no permitido, teniendo esto una connotación plenamente jurídica.

Muchos de los actos jurídicamente permitidos tienen un sentido diferente de aquellos que no son regulados, los primeros están contemplados en el sistema normativo y son permisiones en sentido fuerte por lo que requieren explicación para conocer su importancia en el razonamiento práctico ordinario. Por otra parte, también se requiere dar cuenta en sentido jurídico de aquellos actos que implican el ejercicio de poder, y distinguir entre las normas que confieren poder a las autoridades, y aquellas que lo confieren a los particulares, así como las implicaciones y efectos que tienen en el discurso práctico.

a) Normas permisivas

Respecto de las normas permisivas distingue entre los diversos sentidos que la voz “**permiso**” puede significar:

- i) Cuando consideradas todas las razones no deba abstenerse de realizar la acción.
- ii) Cuando hay equilibrio de razones por no haber ni más a favor o en contra.
- iii) Que no se tenga el deber de realizar la acción, estando sometida únicamente a sus deseos.
- iv) Que no hay suficientes razones jurídicas o morales para que se abstenga de realizar la acción.
- v) Ni el derecho ni la moralidad exigen el deber de realizarlo o de abstenerse de hacer la acción³⁷. Luego distingue entre el sentido fuerte y el débil que pueda tener la norma, aunque ninguno es suficiente para poder dar una explicación de lo que la norma permisiva refiere.

Hasta este momento las razones excluyentes se habían utilizado para explicar a las normas de mandato, dichas razones son parte de la estructura argumentativa que permitió explicar su naturaleza y funcionamiento. Ahora las razones excluyentes serán el referente para poder desentrañar la naturaleza y función de las normas permisivas.

Las normas permisivas cumplen una función en sentido inverso, pues las razones excluyentes imponen restricciones a la acción, en tanto que las permisiones son la ausencia de estas restricciones en sentido general. Aunque nos interesan aquellas que se presentan a modo de excepciones en sentido permisivo, pues se realiza una acción a pesar de existir razones concluyentes para que no se realice, no tomando en cuenta dichas razones. A estas permisiones les denomina “permisiones fuertes”, estas son las más importantes en el discurso práctico, y requieren siempre de una justificación³⁸.

Aún cuando la acción se realiza desconsiderando las razones concluyentes, se realiza fundado en razones excluyentes que son las que justifican la

³⁷ *Ibid*, Cfr. págs. 97-98.

³⁸ *Ibid*, Cfr. p. 103.

permisión fuerte, estas razones son de segundo orden en cuanto son excepciones de la norma de mandato que es siempre de primer orden. En este sentido las permisiones fuertes nos permiten decir que existen normas permisivas con estructura análoga a las normas de mandato, tanto en sus elementos, justificación, previsibilidad, balance de razones y dimensiones.

La importancia de la norma permisiva explica lo que se denomina “discrecionalidad”. En las teorías de los profesores HART y DWORKIN podemos apreciar que en ambos la discrecionalidad tiene un papel importante para poder explicar la función judicial y actividad de los tribunales; en el caso del profesor HART conduce a la zona de penumbra y la labor creativa del Juez para poder resolver un caso concreto; en el profesor DWORKIN nos lleva al tema de la aplicación retroactiva de la ley y la violación a los derechos de los ciudadanos ante un caso difícil que solo podrá resolverse si se amplía el horizonte normativo hasta el ámbito de la moral.

En el pensamiento del autor que nos ocupa, con base en las normas permisivas se da la explicación a todos aquellos actos que jurídicamente no se está obligado a realizar, empero, que si son realizados son laudables. Esto también tiene una importancia en el discurso práctico al poder dar cuenta de todos aquellos actos en que el tribunal puede recurrir a elementos no normativos a efecto de resolver el caso que se le presente, lo cual da un sentido normativo a esos elementos que en primer momento son extrajurídicos, ya que siendo introducidos por un norma permisiva se les dota de sentido normativo e integran al sistema y desde éste encuentran su explicación.

Pensemos en este caso en aquellas normas que permiten al tribunal acudir a la moral, prácticas o costumbres para poder resolver una controversia, al inicio son elementos metajurídicos, pero una vez que la norma lo permite al ser traídos al procedimiento encuentran su explicación normativa desde el sistema al cual se incorporaron.

b) Poderes normativos

Hemos referido las normas que establecen el deber de realizar una acción: normas de mandato; las que permiten o no realizar un acto o ejecutar uno distinto basado en justificaciones: normas permisivas. Sin embargo, falta la explicación del aspecto dinámico del sistema normativo, aquellas normas que

permitirán los cambios y modificaciones del propio sistema, a las cuales se denomina poder normativo, que en sentido estricto es el poder de efectuar cambios normativos; y poder como influencia, que se refiere a las razones para que la gente actúe, y a sus creencias de que deben hacer esa acción.

El poder normativo como cambio se refiere no solo a las razones auxiliares (sanciones), también a las razones operativas (valores). Al interior de la razón completa de una norma hay una relación entre razón operante y razón auxiliar, en la que la primera establece lo que se ha de perseguir como finalidad o propósito, y la segunda la sanción que se ha de imponer a quien no cumpla con el deber impuesto en relación a la finalidad.

A su vez el poder como influencia permite explicar la actividad de la autoridad en su carácter de ordenadora de acciones y normas de mandato que tienen como propósito que una vez que estos sean dictados por la autoridad sean razones excluyentes de segundo orden para quienes van dirigidos. En esta función solo puede tener poder de dar o revocar la orden como norma de mandato o norma permisiva quien a su vez tienen el poder normativo para darlo³⁹.

Los poderes normativos también son de creación de normas, y poderes regulativos. Desde la perspectiva de la ontogénesis el sistema normativo parece ser autopoietico, aunque ya hemos visto que las normas permisivas pueden dar cabida a elementos extrajurídicos, empero el dinamismo necesario del sistema requiere de una creación constante de nuevas normas que regulen la conductas que se van generando, de tal manera que el propio sistema normativo debe dar cuenta de esta génesis, lo cual realiza con las normas que permiten a su vez la creación de otras normas. De esta manera se integran las normas permisivas y el material normativo sobre el cual los poderes regulativos se han de ejercer dando forma al sistema y armonizándolo en su funcionamiento, pudiendo ser el caso de que ambas funciones coexistan siendo normas constitutivas y regulativas.

En este discurso la norma es utilizada en sentido de ser una norma jurídica, empero la norma como voz de amplio uso puede connotar otros significados, puede referir a un sentido moral, o de otro tipo, por lo que es menester precisar el sentido que la norma adquiere cuando decimos que es jurídica y no de otro tipo.

³⁹ *Ibid*, Cfr. págs. 114-115.

Quede planteado aquí en términos de la normatividad del derecho, el uso de la regla jurídica como una norma, y el empleo del lenguaje normativo para describir al derecho. Y apuntemos la observación de que el derecho como institución social está íntimamente vinculado con la sociedad para la cual existe. En este sentido el origen de los poderes de creación de normas en un principio no pueden tener el carácter de ser normativos⁴⁰, en el sentido de pertenencia a un sistema, así que tienen que venir de lo social, lo político y jurídico como reglas, hasta crear lo normativo como sistema. Aunque este momento no pueda precisarse a nivel fáctico y solo sea una hipótesis, puesto que en qué momento podemos decir con precisión que ha surgido el sistema normativo, ya que al unísono del poder político coexisten las reglas y el poder de creación normativo.

V. TEORÍA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

1. LOS SISTEMAS NORMATIVOS

Con el antecedente del estudio de las normas nos hemos percatado de la importancia que estas tienen para lo que denominamos derecho, su clasificación, atributos, funciones y características particulares nos permitirán entender la manera en cómo se asocian, interactúan, modifican y funcionan formando sistemas normativos, a su vez la comprensión de los sistemas normativos en general nos permitirá poder estudiar y describir los sistemas jurídicos.

La norma en cuanto a su existencia singular no tiene mayor relevancia ni efecto; todo su peso, importancia, acción, efecto y explicitación lo adquiere en relación con las demás normas con las que conforma un cuerpo denominado sistema normativo. En éste cobran importancia sus particularidades, siendo el sistema la manera más común en cómo se nos presentan las normas, es a la vez también razón para tratar el tema profundizando hasta encontrar las claves que nos permitan explicarlo.

⁴⁰ *Ibid*, Cfr. p. 120.

Con la voz derecho hacemos referencia a las normas, pero en qué sentido exacto nos referimos a estas, ¿Es a todas, a una parte, a las que van dirigidas a los tribunales de manera específica, a las sustantivas, o a las adjetivas? Necesitamos explicar qué sentido adquiere la voz derecho cuando la referimos a la norma, y no sólo suponer que damos por entendido que hablamos de un sistema.

Hasta ahora de los autores tratados en este trabajo podemos apreciar que ninguno se ocupa de la norma por la norma misma, es decir, que si se refieren a ella es en el sentido de que luego se ha de integrar a un cuerpo mayor en el que funciona como parte de la más importante institución social. Así la norma es uno de los elementos esenciales del sistema jurídico, empero, su sentido y finalidad lo adquiere como parte de un grupo, y en este sentido el autor en comento se refiere a cuatro tipos de sistemas normativos:

- i) Sistemas de normas entrelazadas.
- ii) Sistemas de validez conjunta.
- iii) Sistemas autónomos.
- iv) Sistemas institucionalizados⁴¹.

Los **sistemas de normas entrelazadas** se caracterizan porque las normas que pertenecen al sistema solo encuentran su completud, complemento y explicación en relación a las demás normas⁴².

Si concebimos cada norma por separado, comprobamos que estas no son unidades autónomas que se expliquen a sí mismas, esto es, que en muchas de las ocasiones la norma <a> establece el mandato de hacer <x>, pero que en caso de que no se haga <a>, entonces establece que se ha de aplicar la sanción contenida en ella, lo cual ha de hacerse conforme al procedimiento establecido en <c>, lo cual debe ser cumplido por los tribunales por estar así ordenado en <d>, y en caso de que los tribunales no realicen lo ordenado en <d>, entonces se les aplican las sanciones contenidas en <e>. En el caso concreto puede ser que esta relación de normas se rompa en algún momento y refiera ya no a otra regla, sino a un principio o poder creativo de normas, el cual será el punto de partida para la explicación de esta interrelación normativa.

⁴¹ *Ibid*, Cfr. p. 124.

⁴² *Ibid*, Cfr. p. 129.

Varias cuestiones tenemos pendientes en este tipo de sistema, uno es, si debemos considerar a cada una de las reglas que impone alguna de la parte de éste entramado como una norma, es decir, si <a>, , <c>, <d> y <e> son normas diferentes, o solo son reglas que integran a una norma única que cobra existencia solo en cada caso concreto que se presenta. Si son una norma única, entonces forman parte de manera permanente en el sistema como reglas, pero que se vinculan para poder realizar tanto la función judicial del tribunal, como el establecimiento de la sanción a quien ha infringido con lo ordenado o prohibido, y de esta manera explicitan y dan sentido al sistema normativo como un cuerpo complejo de normas que forma parte de la institución social que denominamos derecho. Esta sería quizá la percepción más apegada a la concepción del derecho como sistema normativo en el profesor Hans KELSEN.

En los **sistemas de validez conjunta** la práctica aparece indisociada con la validez del sistema, y la norma tiene sentido y funcionabilidad en cuanto forma parte de un entramado normativo que es observado en su totalidad. Supone el sistema que una norma es válida en cuanto todas las demás normas que integran el sistema lo son, luego la noción de sistema no la da el que si se sigue una regla, entonces deben seguirse todas las demás.

El profesor RAZ compara este sistema normativo con el que rige el juego del ajedrez, de esta analogía conviene para nuestros propósitos sacar en claro lo siguiente:

- i) Hay una razón subyacente a todas las reglas: la razón como hemos tratado en el apartado dedicado a ellas, es la esencia de todas las normas, la carga normativa en la que se concentra la función y su característica primordial.
- ii) En este sistema no solo hay entrelazamiento, sino el supuesto necesario que debe cumplirse de que las normas deben ser aceptadas, practicadas y de ello devenir su validez conjunta. Esto nos da la noción de que el sistema normativo que denominamos derecho tiene algunas analogías con el de validez conjunta, esto porque las normas que lo integran sean o no del conocimiento y/o consentimiento de quienes deben cumplirla se les tienen por aceptadas, y el hecho de que no se presente un caso concreto al cual aplicarlas no implica su falta de práctica, aunque en este caso el que la norma no se aplique porque haya caído en desuso, si

- bien no la excluye del sistema y en cualquier momento puede ser aplicada, no existe una relación de consecuencia entre práctica y validez.
- iii) Las reglas del juego son también de mandato, permisivas así como las que confieren poderes.
 - iv) En la regla subyace no solo la razón, que es completa, ya que también hay un valor implícito que debe ser realizado: ganar.

La relación entre las características marcadas con los numerales i y iv, explican la idea de sistema normativo autónomo. La razón es una razón para la acción que en sí es una razón completa que subyace a la norma de mandato, permisiva o que confiere poder. La razón operativa en cuanto contenedor del valor de la razón subyace también a la norma, y se relacionan razón y valor en el que la primera limita la libertad de acción del sujeto constriñéndolo a realizar la ordenada o permitida en cuanto que tal realización es la salvaguarda o concretización del valor consagrado por el sistema normativo. Esta relación puede establecerse como referente para determinar que una norma pertenece al sistema en tanto su validez está determinada por los valores a salvaguardar o realizar por el sistema mismo.

La autonomía del sistema se nos evidencia en los elementos esenciales de la norma, mismos que dotan de sentido, operabilidad y función al sistema normativo. Empero, el sistema normativo es una institución social que no opera por sí mismo como un ente que se nos aparezca en el mundo ya realizado, este sistema requiere precisamente ser institucionalizado para realizarse así mismo en el Estado y como orden regulador de las relaciones sociales⁴³.

2. SISTEMAS JURÍDICOS

La institucionalización de un sistema normativo conlleva la unidad entre las normas que integran al propio sistema con las instituciones que se han de encargar de aplicarlo y de crearlo. Hemos tratado de los rasgos de los diversos sistemas normativos, aunque ninguno de ellos logra explicarlo como la institución social más importante que es el sistema jurídico, y para ello es

⁴³ *Ibid*, Para la explicación del profesor RAZ a los diversos modelos de sistemas normativos vid. págs. 124-140.

menester que se dimensione el sistema en el contexto teórico-estructural en el que funciona, pero al hacerlo no se deben agregar elementos que no tengan el carácter normativo. Se impone esto por una parte debido al rigor metodológico que hasta el presente nos ha guiado debe permanecer incólume, la construcción basada en el análisis lógico-práctico del derecho que va de las razones hasta el sistema normativo debe ser consecuente para explicar su institucionalización.

Un sistema jurídico existente en una comunidad pretende regular la conducta de los individuos, para ello se vale de las normas que integran el sistema jurídico, así como de las instituciones creadoras de las reglas, y las instituciones encargadas de aplicarlas. La mayoría de normas implican una restricción o permisión a la conducta de los sujetos a quienes se dirige, y establece los procedimientos por lo que se sanciona a quien infracciona el deber impuesto. La norma tiene una razón que es la parte activa que procura la realización del valor que le es implícito, y la interrelación y operación de todos los factores normativos es lo que designamos con la voz derecho. Esta breve explicación sintética del sistema jurídico no tiene el propósito de ser una definición, sino de servir de punto de partida para acotar y definir los elementos que lo integran, así debe tomarse como tal, por lo que en adelante procuraremos explicitar la idea de sistema jurídico.

El sistema jurídico puede ser explicado al menos desde dos perspectivas:

- i) El de las instituciones creadoras de reglas.
- ii) El de las instituciones aplicadoras de esas reglas.

Algunos lo han hecho desde la primera de ellas. Es el caso del profesor KELSEN, quien se refiere al derecho en un sentido plenamente normativo a partir de la norma fundante, la estructura normativa, la pureza metodológica, y el muy importante origen social del derecho solo en un principio, pues después adquiere autonomía y delimita sus linderos como sistema institucionalizado en el Estado, en el que el propio sistema impone sus reglas de pertenencia, sostenimiento y funcionamiento. En el capítulo referente al profesor HART tratamos de su idea del derecho, la construcción del sistema normativo con base en las reglas primarias, secundarias y de reconocimiento. Tenemos la referencia que a partir de la obra de HART, la atención en lo que el derecho sea se

ha fijado más en la labor judicial de los funcionarios encargados de aplicarla (instituciones aplicadoras), y esto no es cosa simple, pues la aceptación de las normas no es solo de parte de quienes no deben infringirla, sino sobre todo de quienes deben aplicarla para sancionar a quienes la infringieron. Es quizá el profesor DWORKIN quien más se ha ocupado de la actividad judicial tal como podemos apreciarlo en el desarrollo del capítulo dedicado a su pensamiento, aún cuando no se ocupa de teorizar respecto de los sistemas jurídicos.

La descripción del sistema desde cualquiera de las perspectivas mencionadas debe tratar de la validez del sistema mismo, la aceptación y práctica de parte de los que integran las instituciones de creación y aplicación de las normas, por lo que en adelante desarrollaremos estos temas.

Ahora cobra sentido la aseveración de que el sistema jurídico es un sistema complejo, la interactuación de las instituciones que lo integran nos permiten describir su funcionamiento como institución social, su carácter de pretensión de autoridad, el carácter autoritativo y vinculatorio de las decisiones que los tribunales imponen a los ciudadanos, y no debe olvidarse que es un sistema creado para procurar certeza y previsibilidad a quienes va dirigido, esto en términos sociales reduce gastos no solo en sentido económico, sino también permite agilizar sus labores a las instituciones encargadas de vigilar la prevalencia del orden normativo.

A la base del sistema se encuentran las conductas que pretende regular, el establecimiento de las razones completas, de las cuales se ha mencionado que subsumen los razonamientos morales, hábitos y particularidades socio-culturales de la sociedad en las razones operantes luego del procedimiento de balance de razones y justificación. Sigue a este procedimiento la aparición de las normas y del sistema, el cual no solo confiere poderes a las instituciones que lo conforman, a la vez impone límites a sus funciones, y quizá de las razones más importantes de estos límites sea la de procurar certeza y legalidad a los ciudadanos respecto de todos los actos de la institución en su carácter de autoridad. De allí que los sistemas institucionalizados no sean de discreción absoluta, y solo se admita la discreción relativa en tanto que las normas que se creen para integrarse al sistema normativo deben ser congruentes con los propósitos que como razones operantes subyacen a las normas manifestados en ellas como guías y referentes para la valoración de la conducta.

A pesar de que el sistema jurídico prevea muchos de los casos que pueden presentarse, no está exento de no prever algunos, por lo que no estamos ante un sistema cerrado o propiamente autopoietico. El sistema jurídico se nutre de los fenómenos sociales con el afán de resolverlos y de preverlos en el futuro con el propósito de agilizar el funcionamiento del propio sistema, pero su horizonte de previsibilidad es finito, y al agotarse el propio sistema confiere el poder a la institución creadora o primaria de hacer la norma que solucione el caso que se presenta, teniendo para ello discrecionalidad, pero limitada en tanto que la validez y pertenencia de la norma creada son determinadas por la congruencia con las razones operantes del sistema. Por ello aún cuando exista el poder conferido a las instituciones mencionadas de crear, derogar o reformar normas, este poder no es absoluto y solo puede hacerse fundado en razones especiales previstas en el mismo sistema.⁴⁴

Por otra parte, el sentido subjetivo de parte de quienes integran las instituciones aplicadoras no puede eliminarse y en algunos casos la injerencia que tenga en la decisión autoritativa y vinculatoria podrá ser impugnada por no ser correcta en cuanto a inferencia lógica-normativa, ya que dicha discrecionalidad no es en cuanto a determinar las normas justas o no, pero si las aplicables al caso, así como a la determinación de los hechos que cuentan en el procedimiento.

Nos referimos a discrecionalidad limitada porque aún cuando ocurra que el caso no está previsto, el sistema si prevé lo que debe hacerse, esto en el sentido de que existe el poder dado a la institución de crear otra norma, pero no siendo este el caso la institución no puede ejercer ese poder otorgado y debe constreñirse a las normas que integran el sistema jurídico valido y vigente que rige a la sociedad. En este sentido, el sistema mismo es excluyente, vinculatorio y de primer orden para las instituciones que forman parte de él y para los ciudadanos que se rigen conforme a este. En caso de conflicto entre las normas que lo integran que tienen el carácter de ser también excluyentes, deben someterse al peso y fuerza como razón excluyente, resolviéndose en último de los casos conforme al balance de las razones que subyacen a la norma⁴⁵.

Se reconoce la utilidad y avance que se tuvo al concebir la existencia de la regla de reconocimiento respecto a la manera en como los órganos que

⁴⁴ RAZ, Joseph. *Razón Práctica y Normas*, *Op. cit.* nota 4, *Cfr.* págs. 158-162.

⁴⁵ *Ibid.*, *Cfr.* págs. 162-169.

forman las instituciones aplicadoras identifican las normas que integran el sistema y que están vinculados a aplicar. El autor en comento coincide en lo esencial con la teoría de la regla de reconocimiento, pero disiente en lo que se refiere a la singularidad de tal regla, pues afirma que en la mayoría de sistemas institucionalizados existen más de una regla de reconocimiento. Entonces las reglas que integran el sistema normativo son: reglas dirigidas a los tribunales, las que se dirigen a los individuos, y las de reconocimiento⁴⁶.

El sistema jurídico tiene otros rasgos que lo caracterizan:

A) El sistema se refiere a todas las conductas reguladas por sus normas.

Sean normas permisivas, de mandato, o de poder, pero no regula las conductas permitidas en sentido débil, esto es, que sean omisiones del sistema. En este caso el profesor RAZ no menciona cual sea la manera en como el sistema jurídico solucionaría esta omisión, pero podemos suponer que sería conforme al poder dado a las instituciones primarias que teniendo como punto de partida las necesidades concretas de los ciudadanos y de la sociedad, se sirva crear las decisiones vinculantes y de autoridad que subsanen las deficiencias del sistema sin que se atente con los principios consagrados en la razón operante y en la razón general, siempre que tales decisiones sean válidas y se incorporen al sistema vigente. Esto ha de ocurrir en casos en que haya al menos elementos para que tal omisión sea salvada en esos términos, de lo contrario, tendrá que ser la institución creadora de normas la encargada de crear las normas que regulen las conductas omitidas de acuerdo al procedimiento establecido en el mismo sistema.

B) Es comprehensivo, esto es, que pretende autoridad para regular cualquier tipo de conducta.

Y no hay ninguna esfera de la conducta que se sustraiga a su autoridad, lo cual no implica que regule todas las conductas, pero como se menciona en el inciso anterior, si se prevé la posibilidad de que esto ocurra y la manera de solucionarlo para que la conducta quede regulada.

⁴⁶ *Ibid*, Cfr. págs. 168-171.

Al decir que todas las conductas pueden ser reguladas por el sistema aparentemente no se establecen límites, pues estos mediante las razones operativas, razones para la acción y las completas, le son congénitos al propio sistema. El procedimiento para crear una nueva norma que deba incorporarse al sistema normativo debe pasar por el balance de razones, donde éstas cobran su importancia y excluyen a las que no lo tienen quedando las que son congruentes con la orientación del sistema, y si ha de existir alguna corrección venida de la moral o de la ética será en el propio procedimiento a modo de razón quedando también subsumida en la norma que resulte.

C) Pretende ser supremo.

En el sentido de ser los únicos que jurídicamente regulen la conducta, pues admiten la existencia de otros sistemas normativos siempre que no sean jurídicos y pretendan regular las conductas de sus ciudadanos.

D) No todos los sistemas son incompatibles o cerrados aún cuando se trate de un rasgo general.

En gran parte de los sistemas jurídicos actuales se permite que normas pertenecientes a otros órdenes jurídicos tengan fuerza vinculante respecto de actos realizados en su territorio. La actualidad impone la necesidad originada con la globalización y la transculturización, las cuales exigen la existencia de sistemas más abiertos a la compatibilidad con otros órdenes jurídicos que pretenden tener autoridad respecto de determinados actos cuyos efectos rebasan las fronteras territoriales del Estado, de allí el surgimiento en las últimas fechas de órdenes jurídicos internacionales cuyas decisiones son autoritativas, vinculantes y excluyentes respecto de lo establecido en los órdenes jurídicos internos del Estado.

Otro tipo de sistemas abiertos son aquellos que permiten la existencia dentro su propio ámbito de jurisdicción de sistemas autónomos que creen sus propias instituciones que puedan decidir de manera vinculante y autoritativa, en tal caso son poderes conferidos mediante las normas de poder y permisivas, por lo cual debe analizarse detalladamente hasta que punto son sistemas

autónomos y no independientes, esto es que tengan existencia totalmente independiente como si fueran otro sistema jurídico⁴⁷.

E) Todos los sistemas jurídicos regulan el uso de la fuerza.

Comúnmente lo hacen mediante la sanción, y en sentido débil por la generalización motivacional, que es el temor a ser sancionado por infringir al derecho. La sanción es la consecuencia lógico-normativa que sigue a la infracción de lo establecido en la norma que prevé sanción, pero no siempre ocurre en sentido fáctico que la sanción siga a la infracción, dado que el sujeto infractor puede sustraerse a la aplicación de la sanción, en este y otros casos semejantes la observancia del derecho se debe a la generalización motivacional. La sanción es un elemento que aparece en todos los sistemas jurídicos, pero que no es definitorio ni imprescindible. No es definitorio porque también aparece en otros sistemas normativos: moral, ético. No es imprescindible porque puede lógicamente concebirse la existencia de un sistema jurídico que no tenga sanciones.

La sanción ha sido considerada por algunos teóricos como la clave para la definición del derecho, sin embargo, la sanción no logra explicar la complejidad de la norma, ni del funcionamiento del sistema jurídico. Esto porque no considera la estructura compleja de la norma en cuanto a las razones que subyacen a ella, ni tampoco conciben que la sanción es solo una razón que está en la norma, y como razón es del tipo auxiliar, porque la razón completa la incluye como parte de la razón operativa que tiene como propósito procurar que mediante la advertencia de la imposición de la sanción se logre cumplir con el valor y propósito de la norma al realizarlos⁴⁸.

⁴⁷ *Ibid.* Cfr. págs. 174-178. Para los rasgos que caracterizan al sistema.

⁴⁸ *Ibid.* Cfr. p. 188.

VI. EL CONCEPTO DE AUTORIDAD EN RAZ

Los temas que tratan sobre la autoridad, sea esta autoridad del derecho, su concepto de autoridad y la relación entre derecho y autoridad, son desarrolladas principalmente en su obra *La Autoridad del Derecho*, (1979) y es de fecha posterior a la obra *Razón Práctica y Normas* (1975). Suele haber cambios notables en un autor entre una obra y otra posterior, e incluso puede ser el caso de que haya una renuncia a sus posturas iniciales, pero no es este el caso del profesor Joseph RAZ, quien fundado en la tesis de las razones, y la razón práctica continúa desarrollando este tema y otros que versan sobre el derecho en su relación con la autoridad. Es esta la parte de la obra del autor en la que hemos de detenernos para analizar su pensamiento iusfilosófico en este y los dos siguientes temas.

El concepto de autoridad es de carácter polivalente y puede tener connotaciones y efectos muy diversos que pueden variar según se trate del contexto, así podemos hablar de la autoridad científica, la autoridad familiar, autoridad académica etc., así que trataremos inicialmente de los elementos y características de la autoridad en cuanto concepto general y después lo dimensionaremos en el sentido jurídico y político.

La autoridad y su concepto presentan al menos dos aspectos iniciales, estos se refieren a la legitimidad y la efectividad. Ninguna de las explicaciones parciales que tratan solo alguno de esos dos aspectos logran explicar cabalmente el concepto de autoridad, se requiere de ambos para su explicación; pues la autoridad como habilidad para realizar ciertos tipos de acción es el aspecto de la autoridad efectiva como poder de facto, pero esta autoridad efectiva requiere de justificación, lo cual se denomina legitimidad. Así ambos aspectos explican lo que denominamos autoridad, pues existe en ellos una relación que va de la facticidad a la legitimidad, esto es, que una autoridad que es de facto pretende tener cierta legitimidad, en tanto que una autoridad que sea perfectamente legítima puede ocurrir que no sea eficaz, lo que nos da una idea de que el aspecto práctico de la autoridad es lo más importante⁴⁹.

⁴⁹ RAZ, Joseph. *La Autoridad del Derecho*. trad. Tamayo y Salmorán Rolando. México, Distrito Federal. 1982, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. *Cfr.* p. 22.

La autoridad es un concepto práctico, tiene que explicar la relevancia de éste aspecto, y de cómo es susceptible el figurar en inferencias prácticas⁵⁰. Esto implica que sí es necesario poder determinar quién tiene autoridad para a partir de allí realizar la inferencia práctica que refiera al quehacer de la autoridad; esto es, la autoridad se identifica inicialmente por el hacer, como ciertos tipos de actos que no cualquiera realiza, cuyos efectos van más allá del ámbito inmediato de quien los realiza u ordena su realización. La realización de ciertos tipos de actos a su vez requieren de reconocimiento, sea de quienes tienen que hacer lo que imponen ciertos tipos de acción, o tengan que padecerlos. Normalmente el hacer implica reconocimiento, pero en los casos en que no ocurre así podemos denominarlos como una forma de tiranía, en el sentido de que alguien realiza las acciones fundado únicamente en el poder de facto.

El reconocimiento es de carácter social, y puede tener características propias de acuerdo al contexto en que exista. Se aclara que no toda autoridad es conferida por normas, pues existen muchos casos en que la autoridad no puede ser explicada en un sentido normativo. En tanto, que el reconocimiento como característica de legitimidad nos puede llevar a una concepción relativa de autoridad de acuerdo con la percepción de parte de quienes se sienten vinculados con una autoridad, pero lo que nos interesa no son todas las formas posibles de autoridad, sino la autoridad de carácter no relativo que nos permita explicar posteriormente la autoridad del derecho.

VII. LA AUTORIDAD DEL DERECHO

1. LAS RAZONES, EL DERECHO Y LA AUTORIDAD

Retomemos la idea de autoridad y encontramos la relación que tiene con el derecho a partir del análisis de las razones. La autoridad en términos generales es la aptitud para cambiar razones para actuar, y a la razón que está implícita en una orden: una razón protegida, en este caso la razón es tanto para la

⁵⁰ *Ibid*, Cfr. p. 24.

acción como excluyente, porque ordena hacer algo e impide tomar en cuenta razones en su contra.

La razón puede ser de primer o segundo orden, positiva o negativa; es de primer orden cuando es resultado directo del balance de razones de quien debe seguirla, pero es de segundo orden cuando no es resultado directo del balance de razones de quien debe hacerla, sino que es una razón no personal para actuar, aún cuando pueda coincidir o no con la razón propia. Es positiva cuando es una razón para la acción, pero negativa cuando es una razón excluyente.

El poder normativo es la aptitud para cambiar razones protegidas. Volviendo a nuestra definición de autoridad ahora la completamos diciendo que es la aptitud para cambiar razones para actuar, y razones protegidas. La autoridad se manifiesta normalmente mediante órdenes, estas órdenes están contenidas en normas y constituyen las expresiones de poder, de las cuales se pueden referir al menos tres:

- a) Las normas de mandato: son razones protegidas, en tanto que son razones para la acción que tienen la pretensión de ser guías para la conducta, como razones excluyentes en tanto que no permiten que se les imponga ninguna otra razón, aún de primer orden.
- b) Normas que otorgan una permisión para realizar una acción hasta entonces prohibida, que son del tipo de permisiones cancelatorias porque cancelan a una razón de tipo excluyente.
- c) Las normas que confieren poder en el sentido de habilitar a una persona a cambiar razones protegidas⁵¹.

A su vez el concepto de autoridad puede ser explicado con base en las tesis normativas, y al hacerlo vinculamos la explicación de la autoridad a la de la obediencia de las directivas u órdenes emitidas por la primera con el propósito de ser cumplidas:

⁵¹ RAZ, Joseph. *La Autoridad del Derecho*. *Op. cit.* nota 49, págs. 33 y 34.

i) La tesis normal del Justificación.

La cual explica que en muchos de los casos “reconocemos a una autoridad como legítima cuando es más probable que actúe con base en las razones adecuadas si sigo las directivas de la autoridad, más que seguir mi propio juicio al respecto [...]”⁵², idea que guarda relación con la de previsibilidad y justificación de la norma, ya que recordemos que la autoridad parte del supuesto de tener el tiempo, el conocimiento y la experiencia suficiente para poder prever ciertas conductas y hechos anticipando su solución o debida toma de decisión.

ii) La Tesis de la Prevención.

Esta agrega razones adicionales a las que se encuentran en la norma con el propósito de que sea cumplida la directiva como guía de conducta. Entre esta razones adicionales están las de coordinación, la de evitar que nos infrinjamos daño al realizar nuestras acciones en sociedad, procurar acciones conjuntas, procurando esto mediante las razones excluyentes al impedir que razones propias tengan un peso significativo en la observancia de lo ordenado en la norma.

iii) La Tesis de la Dependencia.

“[...] tiene como principal objetivo que las directivas de las autoridades se basen en razones aplicables a los sujetos, en circunstancias cubiertas por las mismas [...]”⁵³; la aplicación de la razón excluyente como resolución a un caso concreto debe estar referida y fundada en el propio caso que a la autoridad le es presentado, y a lo que las partes ofrecen mediante los hechos, pruebas y razonamientos.

Estas tres tesis explican el funcionamiento normativo de la autoridad, pero para su comprensión requieren ser dimensionadas en relación a la fuerza de la autoridad que mediante órdenes, normalmente normas de mandato, la previsibilidad y la justificación establece las guías de conducta y las razones adicionales a ser cumplidas, pero tal cumplimiento aún cuando se respete el

⁵² VEGA GÓMEZ, Juan. “El Positivismo Excluyente de Raz”. Op. cit. nota 3, p. 721.

⁵³ *Ibid.* P. 726. Para una explicación completa de las tesis *Cfr.* págs. 719 a 728.

principio de autonomía del sujeto a quien van dirigidas no implica que son optativas en su cumplimiento, puesto que como razones excluyentes son aplicadas por la autoridad mediante el sistema normativo y las instituciones que lo hacen funcionar.

2. CARÁCTER AUTORITATIVO DEL DERECHO

Con el propósito de superar las críticas a la idea de la autoridad del derecho, RAZ parte de la más simple de las definiciones de autoridad, problematizando primero, y después superando las críticas y mostrando el carácter autoritativo del derecho. Veamos: en el sentido no relativo de autoridad el autor cita la siguiente definición simple como la más adecuada: “un hombre o un conjunto de hombres, tiene autoridad si de su dicho que ocurra “X” se sigue que “X” debe ocurrir⁵⁴”, es una definición muy general que se aplica a todo tipo de autoridad práctica. Esta definición es el punto de partida para la vinculación del concepto de autoridad y la tesis de las razones, el propósito es explicar la idea de autoridad desde la perspectiva de las inferencias prácticas, y para ello solo las razones pueden dar cuenta plenamente. El autor admite que no es la única explicación, aunque sí la que se necesita para poder explicar los conceptos prácticos como el de autoridad, y porque las razones permiten una explicación directa y no mediante otras ideas como lo derechos⁵⁵.

A la anterior definición se la hacen las siguientes objeciones:

i) Primera objeción: ¿Las expresiones de una autoridad son razones absolutas o razones *prima facie* para hacer lo que ella demanda?

Las expresiones son razones para actuar, no son imposiciones como razones absolutas; como razón para actuar es del tipo de razón excluyente que se expresa mediante una orden que tienen el propósito de que sea seguida por el destinatario sin que deba someterla nuevamente al balance de razones. Esto es, se debe seguir aún como razón excluyente de segundo grado; pero es diferente que la razón sea absoluta y deba hacerse en todas las circunstancias.

⁵⁴ John, LUCAS. Citado en RAZ, Joseph. *La Autoridad del Derecho*. Op. cit. nota 49. p. 26.

⁵⁵ *Ibid*, Cfr. p. 27.

La autoridad se manifiesta normalmente mediante órdenes, ya el filósofo y jurista inglés John AUSTIN había definido como la clave de la jurisprudencia que el derecho son órdenes respaldadas por amenazas, y tratamos la crítica que el profesor HART hizo al respecto. Ahora se vuelve a plantear que lo característico de la autoridad es emitir órdenes como razones para la acción que deben ser cumplidas por los agentes a quienes se dirigen. La idea de orden implica a la de autoridad, no es la orden del ladrón (que no es autoridad, ni pretende legitimidad), sino que es la orden como mandato emitida por una autoridad que pretende ser legítima y eficaz en tanto que normalmente se cumple con lo que ordena, y la orden no se da como opción a realizar entre <x> o <y>, sino que se da como razón excluyente que debe ser cumplida aún a pesar de ser una razón de segundo orden respecto del balance de razones del sujeto que debe cumplirla.

Por lo que si <A> ordena a que se encuentra en la circunstancia <C> que realice <D>, entonces inferimos que <A> es una autoridad si cumple con los requisitos de legitimidad y eficacia; legitimidad, si <A> es reconocida socialmente e incluso normativamente, tratándose de una autoridad política o jurídica; y eficacia, si sus órdenes son observadas normalmente sea de manera espontánea, o mediante la imposición de alguna sanción; es el agente que debe cumplir con lo ordenado; <C> es la circunstancia particular en la que la razón manifestada en la orden es aplicable; y <D> es la orden que como razón excluyente debe ser cumplida por . Esta es un ejemplo de inferencia práctica que puede ser realizada en todas las actividades de una autoridad, y que es la razón la que puede permitirnos explicar cabalmente. Recuérdese que <D> como orden puede ser un simple enunciado respaldado por la autoridad, o puede ser un entramado complejo que implique a un sistema de razones para la acción.

Las órdenes deben ser diferenciadas de las peticiones y los consejos. Los consejos transmiten información que no tienen el propósito de influir en la conducta de quien los recibe, en tanto, que las peticiones solicitan se considere algo en el balance de razones, que puede no llegar a ser considerado, ambas no requieren de autoridad, pues no existe vinculación autoritativa respecto de quien recibe el consejo o la petición que los constriña a cumplirlos.

ii) **La segunda objeción** se basa en el hecho de que en algunas ocasiones a pesar de que hay una orden legítima emitida por una autoridad legítima no siempre es una razón para actuar.

Esto se explica porque las razones protegidas que se manifiestan mediante la orden dada al agente que debe cumplirla, le es dada con la intención de que sea cumplida, pero es posible que efectivamente no excluya a todas las razones posibles que puedan pesar en el balance de razones de quien se encuentra en una situación <x>. Incluso, es posible que la razón protegida que se ordena sea de primer orden, y que en al afán de previsibilidad, justificación y coordinación que tiene implícita no haya contemplado las particularidades de la situación del agente, y que éste tenga una razón de mayor peso para no hacer lo ordenado a pesar de la autoridad con la que la razón protegida es establecida mediante una norma jurídica. Estos son casos que constituyen excepciones a las normas jurídicas, no a las razones, y que deben ser tratados uno a uno a fin de poder determinar si en verdad era válida la excepción.

En el concepto de autoridad debe diferenciarse entre la autoridad sobre personas y la autoridad para realizar ciertas acciones; [...] todo aquel que es autoridad, tiene autoridad sobre la gente, pero no todo aquel que tiene autoridad es autoridad [...] una persona es autoridad si de manera relativa, permanente y penetrante tiene autoridad sobre personas, ya sea autoridad sobre un amplio grupo de personas o bien autoridad respecto a varias esferas de actividad, o ambas⁵⁶.

Explicando lo anterior refiriéndonos al término de autoridad en sentido jurídico, decimos que la autoridad sobre personas no la tienen todos, sino solo aquellos que pueden emitir órdenes como razones protegidas, autoritativas y vinculatorias, y dichas órdenes son regularmente cumplidas. La autoridad para realizar ciertas acciones puede ser un tipo de autoridad que semeja más a un poder como facultad para poder hacer algo que normalmente está prohibido; de tal manera que quien tiene autoridad sobre la gente es autoridad en sentido no relativo, o en este caso, semejante a la idea común de autoridad

⁵⁶ *Ibid*, Cfr. p. 34.

como institución facultada para realizar determinados actos de carácter impositivo o coercitivo más no absoluto.

Piénsese en una orden dada por un funcionario público en ejercicio de sus funciones y en apego a lo que le está permitido hacer, la gente a quien va dirigida esa orden es de carácter autoritativo, vinculatorio y una razón protegida, en este caso el funcionario es autoridad; pero el mismo funcionario público cuando realiza actos jurídicos en nombre de otro mediante un mandato, en este sentido no es autoridad, pero tiene autoridad para hacer esos actos.

Concluimos entonces, que autoridad en sentido amplio o no relativo es la actividad como expresión de poder que se ejerce mediante el dar razones protegidas, autoritativas y vinculatorias, expresadas mediante normas de mandato normalmente dirigidas a la gente que se encuentra en circunstancias <x>, dado que dichas normas prevén tal situación y de antemano procuran su solución otorgando certidumbre y seguridad jurídica a los agentes que deben cumplirlas.

Hemos mencionado que uno de los aspectos mínimos de la autoridad refiere a la cuestión de la legitimidad de la propia autoridad; legitimidad tanto como reconocimiento social de parte de quienes la tienen por tal, como confianza y credibilidad también de parte de quienes deben cumplir con las razones, órdenes o normas dadas por ella. Pues solo a una autoridad a la que se considera legítima puede ser el caso que para algunos tenga un reconocimiento equivalente a sumisión ante sus órdenes, a tal grado que constituye la negación a actuar en base a su propio juicio respecto de los méritos del caso⁵⁷.

Pero tal limitación de la autonomía de los sujetos que deben cumplir con las órdenes es limitada ya que las razones protegidas dadas por la autoridad no son absolutas, sino solo excluyentes; y puede ocurrir también que en el caso concreto se realice el fin consignado en la orden mediante actos diferentes a los ordenados, o que se cumpla con las razones protegidas dadas por la

⁵⁷ John FINNIS toma la idea de autoridad de Joseph RAZ para explicar que las razones se establecen como razones protegidas que pretenden ser guías de acción, pero con FINNIS la autoridad es también autoridad moral, y busca lograr el bien común, algo que con la estructura argumentativa neutra de RAZ no es posible sostener. Vid. SUÁREZ VILLEGAS, J. C. ¿Hay obligación moral de obedecer al derecho? ... Op. cit. nota 5. págs. 95-99.

autoridad sin que se reconozca la legitimidad de la autoridad, que puede ser el caso de los anarquistas⁵⁸.

Veamos respecto de los límites del derecho como órdenes. Las órdenes dadas por quien es autoridad tanto en sentido práctico como legítimamente, son razones válidas de segundo orden y una razón excluyente para no hacer otras razones, son razones protegidas pero no absolutas. La razón en tanto orden o norma de mandato es resultado del balance de razones que prevé la solución anticipada de una situación que puede presentarse, empero, es característico de las razones que excluyan por clase y no por peso⁵⁹, lo cual significa que razones referidas a la misma situación de la misma clase aún cuando sean de mayor peso serán excluidas por la razón protegida.

Las normas se dan con el propósito de que sean cumplidas no de que se agreguen al balance de razones del sujeto que deba cumplirlas, pero el hecho de que no sean absolutas implica que el propósito para el cual fue dada la orden o creada la norma es posible que pueda ser cumplido de alguna otra manera indirecta, por lo que el poder con que una norma o razón se impone tiene límites en cuanto a su cumplimiento.

La idea de autoridad del derecho está relacionada con las funciones sociales que éste cumple, las cuales pueden ser desde las muy generales de coordinación, limitaciones o guía de conducta para los agentes a quien va dirigido, hasta las más específicas también denominadas:

Funciones sociales de las normas jurídicas:

A) Primarias o directas.

- i) Prevenir un comportamiento indeseable y obtener uno deseable.
- ii) Proporcionar los elementos para celebrar acuerdos privados entre individuos.
- iii) Regular el proveimiento de servicios y la redistribución de bienes, procurando la salvaguarda del orden interior del espacio donde el derecho sea aplicado.
- iv) La resolución de disputas no reguladas.

⁵⁸ RAZ, Joseph. *La Autoridad del Derecho*. Op. cit. nota 49, p. 43.

⁵⁹ *Ibid*, p. 38.

B) Secundarias o indirectas.

Son las que regulan la creación, modificación, aplicación y regulación de los órganos encargados de realizar todas estas funciones del derecho.

Cuando nos referimos a la voz derecho ésta implica un todo sistemático en el que sus elementos y actividades son desde las razones, normas, sistemas normativos, instituciones creadoras, instituciones aplicadoras (las que interpretan al derecho creado, lo explicitan y subsanan deficiencias y vacíos) actos reguladores; y funciones primarias y secundarias.

Concluimos con la aseveración de que la autoridad el derecho la tiene tanto en su aspecto de efectividad, como en el de legitimidad. El derecho se impone a sí mismo como un orden o sistema normativo y de instituciones creadoras y aplicadoras, y se erige en guardián de la sociedad, dicho en palabras del autor: “El derecho pretende proporcionar el marco general para la conducción de todos los aspectos de la vida social y se sitúa a sí mismo como el guardián supremo de la sociedad.”⁶⁰

VIII. DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

1. DISTINCIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL EN LAS RAZONES

Este es un tema del que el profesor Joseph RAZ se ha ocupado desde la perspectiva del positivismo excluyente sosteniendo que existe una distinción entre derecho y moral.

Al igual que han sostenido otros autores como Eugenio BULYGIN, la discusión en la relación de diversas formas fácticas no está en discusión⁶¹, lo que sí está en discusión es indagar porque para el estudio, conocimiento y enseñanza del derecho es pertinente sostener que existe una distinción aún a nivel teórico y discursivo en algunos niveles. La distinción aquí sostenida es

⁶⁰ RAZ, Joseph. *Razón Práctica y Normas. Op. cit.* nota 4, p. 179.

⁶¹ BULYGIN, Eugenio. “¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?”, publicado en *Derecho y moral*. Rodolfo VÁZQUEZ (comp.), s/trad. Barcelona, España. Gedisa, 1998, p. 215.

partir de una postura descriptiva del derecho, que va desde las razones como los elementos más pequeños y esenciales, hasta la tesis de las fuentes sociales del derecho como una visión de conjunto y ordenadora del iuspositivismo⁶².

Para efectos de distinguir entre el derecho y la moral debemos partir de las razones que subyacen en la norma jurídica, hemos referido de estas que son razones completas formadas por razones operantes, razones excluyentes, y razones de primer o segundo orden. En las razones operantes se encuentran subsumidos los aspectos valorativos de la norma, valorativos en cuanto a los propósitos para los cuales la norma existe, los que pueden coincidir o no con valores éticos, morales o de moral social; en la razón operante se encuentran también los propósitos o fines que la norma se propone como guía de la conducta social.

Inicialmente la norma tiene una carga social en cuanto ésta es su origen y motivo que regular, pero en el momento en que se convierte en razón operante los elementos valorativos son subsumidos a esta y pasan a integrarse a la estructura lógica-normativa de la norma y del sistema jurídico. Lo cual significa que dentro del sistema jurídico las razones que subyacen a la norma no son tomados como valores morales o éticos, sino como parte de la estructura normativa, y como tales tienen un peso y exclusión para imponerse a otras razones, el balance de razones toma en cuenta entonces para determinar la razón excluyente únicamente a su peso y clase.

En tanto, la razón operante en cuanto parte de la razón completa, y como razón protegida adquiere su forma acabada una vez que se completa con la razón excluyente que le asigna su peso específico, y ésta resulta ser una razón de primer o segundo orden en tanto forma parte de una norma y sistema normativo con pretensión de autoridad que impone sus normas como parte del sistema excluyente. En este sentido todo lo que integra a la norma jurídica y del sistema jurídico tiene un carácter puramente jurídico y no moral.

2. LAS FALACIAS DE LA VINCULACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

⁶² No consideramos la interpretación porque para el autor aún cuando esta no es esencial en las prácticas morales, pero sí en las jurídicas, no resuelve el problema. Vid. RAZ, Joseph. “¿por qué interpretar?”, publicado en VÁZQUEZ Rodolfo (comp.) *Interpretación jurídica y decisión judicial*. segunda edición, s/trad. Fontamara, 2001, p. 40.

En el tema cuatro hemos mencionado las características de los sistemas normativos generales, y luego con base en ello lo hicimos respecto de los sistemas jurídicos. Ahora podemos percatarnos de que existe un fondo común en todos los sistemas normativos en lo que al uso del lenguaje se refiere, a este se le denomina lenguaje normativo; es el lenguaje normativo que se utiliza tanto para el sistema normativo de la moral como para el sistema jurídico el que da lugar a la existencia de grandes equívocos, denominadas por el profesor RAZ como las falacias de la filosofía del derecho, estas son:

- i) “[...] la creencia falaz de que las disposiciones jurídicas son necesariamente razones morales (o que están moralmente justificadas o que hay siempre razones morales para obedecer a cada una de ellas.)
- ii) [...] que se considere que un sistema jurídico solo puede existir si la mayoría de su comunidad-sujeto cree en su validez moral”⁶³.

En **respuesta a la segunda de las falacias** se arguye que la existencia del sistema jurídico es independiente de la creencia en su validez moral. El sistema jurídico existe en tanto hay normas jurídicas que se agrupan formando un sistema normativo. Y la práctica que determina la validez de la norma no es sinónimo de la creencia de que la norma es válida moralmente.

Distingamos entre validez jurídica y validez moral, y entre la creencia de la validez moral, y la creencia de la validez jurídica. Respecto a la validez jurídica, para quienes parten del sistema jurídico con un origen común pueden explicarlo a partir del criterio de validez establecido, que puede ser la norma fundante que dota de pedigrí a las demás reglas, o el que su origen esté en una facultad soberana de crear normas. En el caso de ser de la postura de explicar el sistema jurídico desde las instituciones de aplicación, entonces la existencia se explica por el hecho de que haya reglas que existen por sí y que conforman un sistema.

Decimos que las reglas existen por sí, en tanto que en una sociedad hay reglas que conforman un sistema. Cuyas características tanto de las reglas como del sistema son las de ser excluyentes y de primer orden o segundo orden, están revestidas de autoridad, y pertenecen a un sistema en el que tienen relación con otras normas que se imponen mediante mandatos, permisiones

⁶³ RAZ, Joseph. *Razón Práctica y Normas*. *Op. cit.* nota 4, p. 180.

o poderes, como excluyentes, autoritativas y vinculativas; por lo que puede sostenerse que el sistema jurídico existe independientemente de la creencia de que es válido moralmente.

Se puede argüir que la creencia en la validez moral explica la creencia de quienes siguen las reglas, pero tal aseveración solo es correcta en tanto cumplimiento espontáneo de lo ordenado, y puede ser una de las razones del cumplimiento de lo ordenado, pero aún en este caso se confirma lo contenido en la razón para la acción, en tanto supuesto que regula los móviles de la conducta, y los contenidos de la razón operante en cuanto a valores y propósitos de la norma y del sistema. Así que cuando la creencia en la validez moral no puede explicar la existencia del sistema jurídico debemos hacerlo conforme a la creencia en la validez jurídica, que es el reconocimiento de parte de quienes deben cumplir con las normas. Deben cumplirla tanto quienes integran las instituciones aplicadoras del derecho, como los ciudadanos, reconociendo en la norma el que existe una razón jurídica para que se realice la conducta <A> y no las conductas , o <C>...

Lo anterior no significa que sea necesario que todos deban creer en la validez jurídica como se cree en la religión, sino de admitir que hay razones jurídicas para hacer algo y hacerlo. Para que el sistema funcione se requiere que al menos quienes se encargan de aplicarlas crean y se sientan constreñidos a su cumplimiento como sistema normativo excluyente⁶⁴, la creencia en estos términos se refiere a lo que hemos tratado sobre la legitimidad del derecho y su eficacia, así como a la autoridad del derecho. La relación de estos puede explicarnos la idea de validez jurídica, y ayudarnos a explicar los casos en que efectivamente se cumple con lo ordenado por el derecho, y porque la autoridad de tales normas deviene tanto del sistema por sí mismo, como de la autoridad que lo impone y vigila su cumplimiento. E incluso podemos explicar aquellos casos en que la norma que debe cumplirse no coincida con el balance de razones de parte de quien deba cumplirla, y a pesar de esto, la razón se impone como razón excluyente de segundo orden.

Respuesta a la primera de las falacias. Es tal si partimos de que el sistema jurídico es un sistema normativo y una institución social, una cierta forma de organización social; no es propiamente una manifestación moral, ni la moral puede dar cuenta de todo el sistema jurídico. El derecho como sistema

⁶⁴ *Ibid.* págs. 199 y 204.

normativo puede ser explicado cabalmente desde la perspectiva normativa y del uso del lenguaje normativo.

Varias son las posturas que existen de parte de quienes pretenden encontrar en el derecho a un orden moral, las hay definicionales, que lo identifican plenamente afirmando que existe identidad y que cuando alguna norma jurídica no es moral, entonces tampoco es derecho. Está la postura heterogénea, que admite la existencia de normas dentro de la institución que no cumplen con el *test* moral, en este caso, considera que esto puede ocurrir ya que la institución puede ser usada con fines buenos o malos, y la moral cumple aquí una función correctiva como referente para la norma jurídica. En tanto, el enfoque derivado puede aceptar algunas de las posturas del positivismo que admite que el derecho es una institución social, pero conserva el objetivismo moral en tanto el sistema jurídico como sistema de regulación social para ser tal debe tener méritos morales para poder funcionar correctamente⁶⁵.

El problema de todas las posturas que consideran imprescindible a la moral para explicar al derecho es que precisamente no logran explicar porque razón el derecho como sistema normativo debe tener algún vínculo con la moral. Es difícil sostener que no existe, pero afirmar que tal relación sí existe también lo es. Por lo que se refiere al desarrollo de esta postura teórico-descriptiva de RAZ, se puede comprobar que en su entramado que va desde el método hasta la descripción y explicación, se han excluido todos los elementos que puedan tener alguna connotación moral, con lo que se prueba que es posible al menos en esta línea de pensamiento sostener una distinción entre moral y derecho.

3. LA TESIS DE LAS FUENTES SOCIALES Y LA POSTURA EXCLUYENTE

Son quizá tres las áreas más discutidas en el positivismo jurídico: la identificación del derecho, su valor moral y el significado de sus términos básicos, que equivalen a las tesis social, moral y semántica. De ellas, la más importante es la tesis social, cuyo punto de partida para describir lo que es derecho o no es, son los hechos sociales, de la cual no se siguen las otras dos tesis, pero pueden llegar a estar implicadas.

⁶⁵ *Ibid*, Cfr. págs. 188-197.

El argumento general de la tesis social es el siguiente: “[...] lo que es derecho es una cuestión de hechos sociales y la identificación del derecho no supone argumentos morales, entonces, se sigue, que la conformidad a valores e ideas morales no es, de ninguna manera, condición para que algo sea jurídicamente obligatorio”⁶⁶. Esta tesis tiene al menos dos variantes principales: la postura fuerte que es totalmente excluyente de la moral y el iusnaturalismo, y la versión moderada, que puede tener coincidencias con algunas posturas del iusnaturalismo:

La versión fuerte de la tesis de las fuentes sociales sostiene que:

- i) Una teoría completa del derecho debe tener criterios que dependan de los hechos sociales para identificar al derecho y determinar su existencia en términos valorativamente neutros sin recurrir a argumentos morales.
- ii) No se hace una exhaustiva diferencia entre los términos valorativamente neutros y aquellos que no lo son, ni se toma postura entre el iusnaturalismo y el anti-iusnaturalismo.
- iii) Considera las intenciones, motivaciones y opiniones morales de la gente.
- iv) Puede variar entre que si la condición social es necesaria o suficiente para identificar la existencia y contenido del derecho⁶⁷.

La versión moderada la tesis de las fuentes sociales coincide con las siguientes posturas del iusnaturalismo:

- i) Un deber jurídico significa un deber que se tiene porque el derecho requiere la realización de tal acción.
- ii) Existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral social (i.e. la moral practicada y respaldada por la población)
- iii) La pretensión de autoridad de todo orden es justificada⁶⁸.

Para el estudio de la tesis social debemos partir junto con el autor de que dicha tesis en el positivismo supone la construcción de las teorías del derecho,

⁶⁶ RAZ, Joseph. *La Autoridad del Derecho*. *Op. cit.* nota 49, p. 56.

⁶⁷ *Ibid*, págs. 58-59.

⁶⁸ *Ibid*, p. 57.

y no solo de los criterios de existencia e identificación, por ello al realizar el examen de las razones conforme a las cuales opera encontraremos sentido, unidad y coherencia a todo lo expresado en cada uno de los subtemas desarrollados en el presente capítulo, llegando a la distinción teórico-descriptiva entre derecho y moral.

Son características de la **tesis de las fuentes sociales sostenida por el profesor Raz**:

- i) La tesis social refleja correctamente el significado de derecho, pues la tesis social parte de los hechos sociales, de lo que el derecho es, no de lo que debiera el derecho ser, del derecho como una cuestión fáctica y no moral⁶⁹.

Aunque es verdad que en términos lingüísticos y semánticos el concepto de derecho no se ha definido satisfactoriamente para los filósofos del derecho pertenecientes a diferentes corrientes, también lo es que la pregunta por lo que el derecho sea hizo correr ríos de tinta que no lograron resolverlo, y que fue con el profesor HART cuando la pregunta fue replanteada en el sentido de cuestionar por lo que el derecho designa o nombra. Siguiendo esta postura la tesis social parte precisamente del hecho social como aquello que el derecho nombra⁷⁰.

- ii) Se identifica al derecho distinguiendo entre su descripción y su valoración separando los hechos sociales de las consideraciones valorativas, aún cuando los iusnaturalistas sostienen que no debe hacerse tal separación.

⁶⁹ VEGA GÓMEZ, Juan. “El Positivismo Excluyente de Raz”. Cit. nota 3, p. 736.

⁷⁰ David LYONS, sostiene que la tesis social de RAZ ignora la relación que el derecho guarda con la moral en cuanto en los hechos sociales están implicados, por lo que tal construcción no trae ninguna consecuencia a la postura de la separación entre derecho y moral, *Vid.* LYONS, David. *Los Aspectos Morales de la norma*. trad. Stella Álvarez. Barcelona, España. Gedisa, 1998, p. 112.

Consecuencia del método empleado en la elaboración de la teoría del derecho es que esta pueda ser: descriptiva, valorativa, prescriptiva, o tenga todos los aspectos.

Se dice de una teoría que es descriptiva cuando solo se ocupa de cuestiones de hecho, que existen y que son verificables, las cuales constituyen el objeto de estudio y que en el proceso de su conocimiento será descrito tan complejo como se nos presente, sin que se pretenda calificarse valorativamente. Es valorativa una teoría cuando además de describir a su objeto de estudio también lo califica agregándole los valores de bueno o malo, justo o injusto, y otros calificativos del ámbito moral o ético. Y es prescriptiva cuando no solo se limita a describir a su objeto de estudio como es, sino que además pretende establecer como debe ser. Acorde a lo anterior, la teoría desarrollada por el profesor RAZ es del tipo descriptivo.

- iii) La tesis social como uno de sus resultados es la eliminación de los prejuicios, consideraciones evaluativas y deónticas del investigador, el cual debe basarse en hechos que sean investigados y valorativamente neutros.

De este modo la razón práctica, así como las razones en general son instrumentos conceptuales sin cargas valorativas que permiten la descripción del derecho, y en general toda la arquitectura teórica tiene este propósito de ser valorativamente neutro⁷¹.

- iv) Una de las principales razones de la tesis social es el carácter institucional del derecho.

En cuanto al derecho como institución, es estudiado por la tesis social en los principales aspectos por los cuales se caracteriza: eficacia, legitimidad y autoridad. También en cuanto a institución se estudian sus órganos aplicadores y órganos creadores de derecho, y su carácter sistémico, así como su característica de sistema para guiar y hacer decidir jurídicamente a los agentes a

⁷¹ John FINNIS realiza una construcción valorativa del derecho usando la razón práctica con contenidos morales, *Vid.* en SUÁREZ VILLEGAS, Juan Carlos. ¿Hay obligación moral de obedecer al derecho...Op. cit. nota 5, págs. 77-85

quienes va dirigido, su pretensión de ser suprema autoridad en la sociedad en que existe, y que el derecho sea un objeto de estudio en el que no se descuiden sus complejas relaciones con otras instituciones y sistemas^{72 73}.

Tales aspectos ya han sido desarrollados, empero, algunos de carácter meramente institucional importan para el tema actual, estos tienen que ver con la postura distinta que la tesis social adopta respecto del iusnaturalismo y la tesis del positivismo incluyente:

- a) El derecho en cuanto a sistema institucional tiene límites, sus fronteras están determinadas por los estándares que permiten identificar tanto las funciones que realiza el derecho, las instituciones judiciales, las normas y sistema normativo, lo que denominamos derecho perteneciente al Estado <x> o <z> pero no contiene todos los estándares para poder determinar lo que es moral de lo que no lo es, ni para identificar todas las normas pertenecientes a otros sistemas normativos.

Por tanto, la diferencia en cuanto a estándares para su identificación evidencia que el derecho tiene límites más estrechos que otros órdenes normativos como la moral, pero al tener límites más estrechos, también los tiene más definidos, sean mediante lo que se denomina derecho escrito, jurisprudencia y principios de derecho, así como en aquellos casos en que hay una permisión expresa de que se recurra a los usos y costumbres o moral social. La moral en cambio no tiene el carácter de institucional como el derecho, y su relación con él puede ser encontrada mediante el derecho como hecho social, pero es distinguible lo que el derecho es que lo que la moral sea.

- b) No se pueden imponer calificaciones morales como condiciones para que una disposición o un orden sean tenidos por jurídicos y que no se encuentren reflejadas también en sus rasgos institucionales. Si el derecho es una institución social de cierto tipo, entonces todas las dispo-

⁷² RAZ, Joseph. La Autoridad del derecho. *Cit.* nota 49, *Cfr.* págs. 59-62.

⁷³ David LYONS en el debate respecto del contenido valorativo o neutro de la tesis social, éste opta por la de contenido y su opinión favorece a DWORKIN en el sentido de optar por un derecho que contemple los principios morales de manera explícita en el derecho y en las decisiones judiciales. *Los Aspectos morales...* *Cit.* nota 70, *Cfr.* págs. 110-117 y 133-139.

siciones que pertenecen al tipo social son disposiciones jurídicas no obstante lo moralmente objetables que estas puedan ser⁷⁴.

Recordemos brevemente que en la relación o distinción entre derecho y moral, las posturas de los autores tratados en este trabajo son diferentes; pues mientras que el profesor HART sostenía una distinción conceptual en que la moral era referente para la corrección del derecho; el profesor DWORKIN en su visión integral del derecho incluye a la moral para la solución de los casos difíciles; y el profesor RAZ es un paladín del positivismo excluyente, y por tanto, de la separación del derecho de la moral para su explicación teórico-descriptiva, tanto en su estructura como institución, como en sus elementos normativos.

Finalmente una propuesta del autor a quien dedicamos el presente capítulo, la cual quizá pueda parecernos paradójica, pues nos propone cambiar de perspectiva en el estudio de la relación entre derecho y moral, y ver desde la perspectiva de la moral qué lugar le corresponde al derecho⁷⁵.

⁷⁴ RAZ, Joseph. *La Autoridad del derecho*. Cit. nota 49, Cfr: p. 64.

⁷⁵ Cfr: VEGA GÓMEZ, Juan. “El Positivismo Excluyente de Raz”. Op. cit. nota 3, p. 731. De allí tomo la aseveración.

CAPÍTULO TERCERO

EL ANTIPOSITIVISMO DE RONALD DWORKIN

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 qué clase de personas somos.

Ronald DWORKIN
El Imperio de la Justicia, p. 22.

I. NOTA INTRODUCTORIA

PREVIO A ESTUDIAR CON DETENIMIENTO EL PENSAMIENTO FILOSÓFICO JURÍDICO de Ronald DWORKIN, es interesante considerar sus propias confesiones manifestadas en la introducción a su obra más importante: *Los Derechos en Serio*. Las cuales inician con las circunstancias políticas y de debate jurídico en que ha escrito su obra, así como su propia definición de ser defensor de una teoría liberal del derecho que ha de combatir a otra teoría del derecho que se considera liberal, a la que llama dominante: el positivismo y el utilitarismo.

Nuestro autor en mención dice que la teoría del derecho debe ser y contener a la vez:

- I. Conceptual: se vincula a la filosofía del lenguaje, y ésta con la lógica y la metafísica.
 - A) Teoría de la legitimidad.
 - B) Teoría de la justicia legislativa.
- II. Normativa: 1) Teoría De la legislación.
 - 2) Teoría de la judicación.
 - C) Teoría de la controversia.
 - D) Teoría de la jurisdicción o de la competencia judicial.
 - 3) Teoría de la obediencia.
 - E) Teoría de la deferencia del derecho.
 - F) Teoría de la coacción.

La teoría general del derecho a su vez viene incorporada en una filosofía política y moral más amplia, que a su vez pueden depender de teorías filo-

sóficas que hagan referencia a la naturaleza humana o a la objetividad de la moralidad¹.

DWORKIN critica a la teoría dominante (resultado del positivismo jurídico y del utilitarismo) en Inglaterra y Estados Unidos. La versión más acabada de dicha teoría en su aspecto conceptual es la del positivismo de H. L. A. HART, y en su aspecto normativo es el uso del análisis económico, y menciona que a pesar de las severas críticas a que ha sido sometida esta teoría dominante, ninguna ha reivindicado los derechos individuales frente a los colectivos, indicando esto como falla de dicha teoría.²

II. LA CRÍTICA AL POSITIVISMO JURÍDICO

De DWORKIN debemos considerar las siguientes características de su pensamiento: 1) que está circunstanciado en el sistema legal de Estados Unidos, 2) que el debate se centra en la relación entre el derecho, la moral y la política, 3) que no tiene el afán de construir una teoría meramente científico-descriptiva³, 4) que antepone los derechos individuales a cualquier objetivo social del derecho, y 5) que la crítica al positivismo la realiza desde la perspectiva resultante de las características antes mencionadas.

1. EL PROBLEMA MORAL SUBYACENTE AL ANÁLISIS LINGÜÍSTICO DEL DERECHO

Inicia con la crítica al positivismo como teoría dominante en lo que ha denominado el aspecto conceptual, desde el supuesto de que son problemas

¹ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Trad. Marta Gustavino. Barcelona, España. Planeta de Agostini, 1993. págs. 32 y 33.

² *Ibid*, cfr. p. 36.

³ Su teoría es también normativa, sobre todo en lo que refiere a los principios no entendidos como los generales del derecho, sino como proposiciones que prescriben derechos. Vid LAPORTA, Francisco. *Entre el Derecho y la Moral*. Segunda edición. México, Distrito Federal. Distribuciones Fontamara, 1995. págs. 39 y 40.

morales los que subyacen a los aparentemente lingüísticos, así como a los de aplicación del derecho, mismos que pueden ser apreciados y estudiados cuando se les considera lejos del mero análisis conceptual de los significados, penetrando en su carga moral y política específica que pueden llegar a tener⁴.

Las voces usadas coloquialmente no presentan mayor problema hasta que aparece un caso complejo, el cual pone en evidencia que más allá de las cuestiones lingüísticas existe una controversia perteneciente al ámbito de la moral, para la que ni abogados ni jueces se encuentran preparados. Por lo que tales problemas no son percibidos y planteados normalmente, lo que en gran parte se debe a la instrucción que han recibido, la cual condiciona su concepción y práctica del derecho, DWORKIN lo sintetiza así:

A un abogado se le enseña a analizar las leyes y las opiniones judiciales para extraer de esas fuentes oficiales la doctrina jurídica. Se le enseña a analizar situaciones fácticas complejas a fin de resumir los hechos esenciales. Y se les enseña a pensar en términos tácticos, a diseñar leyes e instituciones legales que produzcan determinados cambios sociales decididos de antemano.⁵

Las corrientes del realismo jurídico, la jurisprudencia sociológica y la jurisprudencia norteamericana se han alejado del problema moral que subyace en el derecho, concluyendo en que son factores subjetivos los que en última instancia determinan las decisiones de los jueces,⁶ lo cual los ha hecho fracasar, pues “[...] los problemas de jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos morales ni de estrategia [...]”⁷

Para DWORKIN, HART es un filósofo de la moral, en tanto que ha vuelto el tema de la moral al plano de la discusión del derecho, con lo que se introducen elementos para la crítica de varios de los aspectos de la teoría dominante.

⁴ SALMERÓN, Fernando. *Ética, Analítica y Derecho*. México, Distrito Federal. Fontamara, 2000. p. 149.

⁵ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Op. Cit. nota 1. p. 44.

⁶ *Ibid*, Cfr: p. 46-50.

⁷ *Ibid*, Cfr: p. 51.

2. ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DE LA TEORÍA DOMINANTE

No obstante lo anterior, DWORKIN se propone “[...] examinar los fundamentos del positivismo jurídico, particularmente en la poderosa forma que le ha dado el profesor H. L. A. HART. [...]”⁸, y resume al positivismo en los siguientes postulados:

- a) Reduce el derecho de una comunidad a normas que son usadas directa o indirectamente por la misma, las cuales pueden ser identificadas de otras espurias por su pedigrí u origen.
- b) Que el conjunto de todas estas normas jurídicas válidas agota el concepto del derecho.
- c) A todo derecho jurídicamente válido le es correlativa una obligación⁹.

Esta reducción del positivismo¹⁰ a los anteriores postulados la realiza considerando que dentro de lo mencionado puede contenerse cualquiera de las manifestaciones del positivismo jurídico, aún considerando las variantes. Este propósito reductivo tiene también la intención de que demostrando las deficiencias del positivismo en la versión más acabada, la del profesor HART, se prepare el área de la filosofía del derecho para la incorporación de las cuestiones morales y políticas, cuya injerencia en el derecho no es considerada por la corriente criticada.

DWORKIN realiza una somera mención del pensamiento de AUSTIN y de HART, y del primero vale la pena mencionar que considera bella su simplicidad, y que señala los errores ya mencionados por HART en su análisis de la obra del mismo autor. Como el propio DWORKIN lo ha mencionado, su análisis y crítica se han de dirigir al positivismo más acabado, que es el del propio HART. En la breve mención que hace del pensamiento de este autor considera que ha elaborado una teoría más compleja que la de su antecesor, y que

⁸ *Ibid*, Cfr: p. 65.

⁹ *Ibid*, Cfr: p. 65 y 66.

¹⁰ Algunos no están de acuerdo con esta reducción del positivismo en la que no solo hay una teoría del derecho, sino también una de cómo debería funcionar éste, ya que hay pocas pruebas al respecto. LYONS, David. *Aspectos Morales de la Teoría Jurídica. Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política*. Barcelona, España, Gedisa, 1998, págs. 126 y 127.

ha conservado muchos de los puntos fundamentales del positivismo, reconociendo sus aportaciones: sistema de reglas primarias y secundarias, la regla de reconocimiento, considerar diferentes fuentes de derecho; y la de la institución legislativa: la larga práctica consuetudinaria y la relación de una norma con decisiones judiciales. En el capítulo dos de la parte dedicada a HART se ha analizado lo que se refiere a las fuentes sociales del derecho, por lo que dedicaremos más atención a las críticas que DWORKIN le hace¹¹.

La limitación que importa señalar, es la que refiere a que el derecho se agota en normas, tal y como se mencionó en los incisos a y b, ésta limitante de la concepción el derecho conduce a la teoría hartiana a que en los casos difíciles las reglas denotan su carácter de textura abierta, haciendo que los jueces deban hacer uso de su discreción para poder decidir esos casos.

Pero para DWORKIN, no es la textura abierta ni la discrecionalidad de los jueces la que explica la forma en cómo se deba dar solución a los casos difíciles que se presenten, y recurre a algunos juicios famosos del derecho estadounidense para poner en evidencia que donde la forma predominante del positivismo solo concibe normas jurídicas, además existen principios, y que no es la discrecionalidad de los jueces la que resuelve la controversia, sino una correcta interpretación del derecho y sus principios (con carga moral específica) contenidos en el mismo sistema normativo, las que han de proporcionar la respuesta correcta a ese caso difícil.

De allí la crítica al positivismo de que es “[...] un modelo de y para un sistema de normas, y sostendré que su idea central de única fuente de derecho legislativa nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas [...]”¹²

3. VUELTA A HART Y A LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Qué tanta diferencia entre las teorías de HART y DWORKIN existe, es la interrogativa planteada por el segundo de los autores.

¹¹ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio. Op. Cit.* nota 1. págs. 67 y 71.

¹² *Ibid*, pag. 72.

El segundo de los autores mencionados ha criticado a la teoría positivista dominante¹³ reduciéndola a lo que ha considerado sus postulados elementales. Pero un análisis minucioso daría como resultado que la crítica del profesor fue precipitada o la reducción de la teoría criticada pasó por alto muchas aristas, pues el mismo autor mencionado acepta que en la teoría del profesor HART no hay nada que niegue una visión sensata del derecho que dejara margen tanto para los principios como para las normas. Y en lo que se refiere a la regla de reconocimiento no se niega que pueda ser más compleja para que pueda ser utilizada para identificar a los principios¹⁴.

La discusión se mantiene en torno a la inclusión de los principios como integrantes del sistema normativo, los cuales no son explícitamente considerados en la regla de reconocimiento que el profesor HART construye para identificar las reglas jurídicas de aquellas que no lo son. Ahora con la manera en cómo el derecho es concebido por DWORKIN, en el que se deben considerar que tanto los principios como otros esquemas o directrices han de ser integrados al derecho, surge también el problema de cómo diferenciar los principios y directrices unos de otros y decidir cuál ha de ser considerado al momento de resolver un caso concreto, así como qué peso e importancia asignar a un principio o directriz. Por lo que corresponde revisar las diferentes propuestas que en este sentido se han elaborado tratando de salvaguardar la regla de reconocimiento del profesor HART.

Respecto a éste asunto de la regla de reconocimiento el profesor DWORKIN propone tres tesis para enmendar su juicio inicial:

- (i) La primera tesis sostiene que, en toda nación que tenga un sistema jurídico evolucionado, existe dentro de la comunidad de sus jueces y funcionarios legales alguna *norma social* o conjunto de ellas que establece los límites del deber del juez de reconocer como derecho cualquier otra norma o principio. [...]

¹³ Cfr. numeral 5 del tema *Post scriptum* al Concepto del Derecho, en el capítulo dedicado a Hart..

¹⁴ ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. Primera reimpresión. México, Distrito Federal. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 74.

- (ii) La segunda tesis sostiene que en todo sistema jurídico alguna *regla o principio* normativo en particular, o un conjunto complejo de ellos, es la norma adecuada para que usen los jueces en la identificación de normas o principios de derecho más particularizados. [...]
- (iii) La tercera tesis sostiene que en cada sistema jurídico, la mayoría de los jueces aceptan alguna regla o teoría normativa que rige su deber de tomar otras normas como normas legales¹⁵.

El problema se centra dice el propio DWORKIN en la primera de las tesis mencionadas, HART sostiene que en todo sistema normativo existe una norma social que hace que los jueces identifiquen las normas y los límites de sus deberes, en tanto que DWORKIN niega el origen social de la norma en el sentido hartiano, y sostiene la segunda de las tesis fundada en alguna regla o principio normativo como medio para identificar las normas y principios. Aquí prepara la elaboración de lo que en adelante será la teoría de la argumentación para la solución de los casos difíciles, ya que con base en el razonamiento podría sostenerse una u otra teoría.

Se combate la idea de que la norma tenga un único origen social, y que la regla de reconocimiento como criterio identificador tenga el mismo origen. La cuestión social no puede dar una explicación cabal y precisa de la norma, ésta solo debe marcar el umbral de la norma, pero no el origen, ni tampoco sus límites, de ésta manera se da lugar a que en la interpretación pueda precisarse lo que la práctica consensual impone como deber, y que el deber impuesto por la norma no tenga como límite (solo descriptivo, aunque no necesariamente correlativo) a la práctica, sino se pueda fundar en otros argumentos a efecto de explicitarla¹⁶. Ocurre algo semejante con la práctica judicial si se le considera como origen del reconocimiento de las normas y principios, pues los últimos serán discutibles en razón de su peso.

Otra de las cuestiones que entran en el análisis de la regla de reconocimiento es la de una teoría alterna que atribuye el origen de la regla de reconocimiento al apoyo institucional, teoría sostenida por el profesor SARTORIUS. Dicho apoyo institucional es tomado por el profesor DWORKIN en el sentido de una lista de principios elaborada por los abogados, la cual se contrapondría a

¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio. Op. Cit.* nota 1. págs. 119-120.

¹⁶ *Ibid*, págs. 115-116.

otra listas elaboradas por diferentes abogados, pero en la que el apoyo institucional es en sí misma una regla social, aunque ahora el problema es que el apoyo institucional puede ser empleado como criterio de justificación y no de contenido en lo que se refiere a los principios.

III. EL MODELO DE LAS NORMAS

Para DWORKIN el problema del derecho no se agota en concebirlo como un sistema de normas¹⁷, sino que incluye también principios y directrices políticas. Esta concepción del derecho amplía el horizonte jurídico y sus efectos se amplían a muchas otras situaciones que el positivismo clásico no contempla, entre las que desarrollaremos en el presente trabajo se encuentran las siguientes:

- El problema de la discrecionalidad de los jueces.
- Los casos difíciles.
- La inclusión de los principios y directrices al derecho.
- El derecho como práctica argumentativa, desde la perspectiva del derecho como integridad, y la coherencia.

Veamos como inicia la construcción del modelo de las normas con el que dará cuenta de la integración de los principios al derecho, y se ampliará el ámbito jurídico hasta la política, todo esto en defensa de la tesis de los derechos, y del derecho como integridad.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho e interpretación 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. 23. Y al igual que KELSEN y HART, no niega que el derecho sea un fenómeno social, pero que en función de su estructura, función y consecuencia, la práctica legal a diferencia de otros fenómenos sociales es, argumentativa.

1. LA CONSTRUCCIÓN DEL MODELO DE LAS NORMAS

Para este modelo de las normas, DWORKIN parte de la manera en como la teoría dominante concibe a los principios, y señala dos posturas que los sistemas normativos asumen respecto de estos principios: a) donde se considera a los principios como si fueran normas jurídicas, y en cierto sentido son obligatorios, y b) en donde no son obligatorios como si fueran las normas, y si se emplean se considera una extralimitación del juez.

En el primero de los casos mencionados, se encuentran aquellos sistemas normativos que establecen la posibilidad de que los principios, como principios generales del derecho forman parte del sistema normativo. No pretendemos afirmar que principios como son entendidos por el profesor DWORKIN, y los principios generales del derecho son lo mismo, pero pedimos se admita que en algunos casos podrían llegar a coincidir, aunque tenemos la desventaja de que en ambos casos no contamos con un catálogo que determine cuáles son los principios, con la única certidumbre que en el caso de los principios generales del derecho para tener aplicación a un caso concreto deberán ser admitidos como tales por los tribunales.

La diferencia respecto de aquellos sistemas que no los admiten es enorme, cuando se dice que un juez al resolver a echado mano de principios que no pertenecen al sistema normativo, está implícito que se trata de un sistema lo más próximo a ser autopoiético, en el que las propias deficiencias son subsanadas sin recurrir al exterior.

DWORKIN es enfático en lo que refiere a considerar o no a los principios como parte del sistema normativo, ya que de su consideración devienen las obligaciones como correlativas a las normas y principios. Esto lo relaciona directamente con la crítica que había realizado al positivismo clásico, en el sentido de que considerar al derecho sólo como normas jurídicas, y correlativas a estas las obligaciones; lo que para él es una concepción errada del derecho, ya que conduce a la discrecionalidad.

Al introducir principios y directrices DWORKIN adopta una postura ante la teoría del derecho no solo descriptiva, sino valorativa, deja de existir la separación conceptual entre el derecho y la moral de HART, y sobre todo la pureza de Hans KELSEN. En cambio se crea un vínculo íntimo entre derecho y moral

utilizando la teoría de la argumentación para referirse a un principio o directriz cuando deba de resolverse algún caso difícil.

Otro de los puntos en que diverge la postura de DWORKIN respecto de la teoría dominante, es en lo que se refiere a la regla de reconocimiento. En el modelo de las normas del autor citado, los principios no pueden diferenciarse a partir de una regla de reconocimiento, misma que sea estable y con todas las características de un patrón a ser usado en cualquier situación. La regla de reconocimiento en el sistema normativo hartiano es empleada para comprobar la validez de una regla, sea en razón de su pedigrí, o pertenencia al sistema, así como su juridicidad.

En el caso de los principios, ni la validez, ni la juridicidad son referentes que las distinguan de cualquiera otra regla o prescripción de buena conducta que deba ser observado, recordemos que son el peso y la importancia lo que diferencia a un principio de cualquiera otro. Y aquí enfatizamos la referencia que hace el propio HART al mencionar a la costumbre como fuente de las normas jurídicas, en el sentido de que si la costumbre está a la base de la regla de reconocimiento, ésta misma abre la posibilidad de que los principios se introduzcan al sistema normativo. Sin embargo, DWORKIN se detiene ante la imposibilidad de hacer una regla de reconocimiento de los principios, o de enumerarlos en una lista, y concluye, aunque no aclara con precisión el alcance de sus observaciones, lo siguiente:

Los principios deben ser considerados como derecho, y no se debe pretender resumir a las normas a un criterio que sirva como cuchillo para separar las reglas jurídicas de cualquiera otra, como es el uso de la regla de reconocimiento. Con ello debe abandonarse la doctrina de la discreción judicial, y como consecuencia de esto también debe modificarse la idea de obligación jurídica que se tiene. Empero queda la pregunta ¿si todo esto debe de modificarse, en qué sentido?, y ¿cómo ha de quedar el modelo de las normas que se propone?¹⁸

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Op. Cit. nota 1, págs. 94-100.

2. LA JURIDICIDAD DE LAS NORMAS

Previo a exponer detalladamente el modelo de las normas de DWORKIN, tratemos el problema que a nuestro autor le interesa, el de la juridicidad de la norma, o lo que es la pregunta por el origen de los deberes y las obligaciones de carácter jurídico, distinguiéndolas de los morales.

A la pregunta de la juridicidad se han dado diversas respuestas, de las cuales trataremos las más conocidas dentro de la tradición jurídica del positivismo, iniciando por la del profesor de Viena, Hans Kelsen, quien en la relación de validez y eficacia hace derivar la validez de la norma por una parte en razón de su pertenencia al derecho positivo, y esta pertenencia a su vez la coloca en una relación de jerarquía respecto de las otras normas, en las que existen las que preceden, hasta llegar a la norma fundamental, y de allí a la hipótesis normativa.

Brevemente expuesta la manera de conferir validez a las normas jurídicas pareciera que estamos ante un sistema cerrado o autopoietico, aunque debemos aclarar que para el autor en comento las normas jurídicas tienen un origen social, solo que adquieren el carácter de jurídicas cuando son reconocidas como tales por su pertenencia al orden normativo, y al integrarse al entramado normativo también ingresan a la relación de jerarquía.

Veamos con mayor detenimiento la manera en que explica la juridicidad normativa.

La norma es de carácter prescriptivo (impone deberes, obligaciones, confiere derechos y/o facultades) a diferencia de los enunciados normativos, que solo describen cómo es el derecho, cómo funciona el mecanismo del sistema jurídico (que describe lo que ocurre cuando un sujeto realiza determinada conducta que se ubica en el supuesto de una norma, en la que hace funcionar el sistema normativo, el cual mediante las autoridades judiciales aplica la sanción correspondiente a quien ha realizado la conducta negativa); y también se diferencia de los enunciados de carácter axiológico (el derecho “debe ser” de “x” manera.)

En lo que se refiere al último fundamento del sistema normativo, supuesto imprescindible para la construcción de la Teoría Pura del Derecho, es necesario evitar el *regreso infinito* de las normas para derivar su validez, como legitimación de origen o pedigrí, lo cual ocurre también en lo que se refiere

a las sanciones. Pues las normas que imponen sanciones deben de tener a su vez otra sanción y de continuar así tendríamos un regreso infinito, por lo cual para evitarlo, *la última sanción solo puede estar autorizada (ser facultativa.)* KELSEN lo explica de esta manera:

El cumplimiento de la sanción es obligatorio, es contenido de una obligación jurídica, cuando su omisión es convertida en condición de una sanción. Si tal cosa no sucede, solo se puede valer como facultativa, pero no también como obligatoria. Como no puede tratarse en esto de un regreso infinito, la última sanción en esta secuencia solo puede estar autorizada (ser facultativa), pero no ser obligatoria.¹⁹

Y del derecho como un sistema de origen social, el profesor KELSEN lo dice así:

[...] Un orden normativo que regula el comportamiento humano en cuanto está en relación inmediata o mediata con otros hombres, constituye un sistema social. La moral y el derecho son unos de esos sistemas sociales [...] Considerada Desde un punto de vista psicológico-sociológico, ésa es la función de todo sistema social: obtener un determinado comportamiento del hombre sujeto a ese orden; provocar que el hombre se abstenga de ciertas conductas consideradas como perjudiciales –por cualquier razón– socialmente, es decir, para los otros hombres, y en cambio realice ciertas conductas consideradas como socialmente útiles [...]²⁰

Así la juridicidad de la norma deviene de la sanción establecida al incumplimiento de la conducta prescrita por la norma jurídica (prohibida u obligatoria), que no es la deonticamente debida (aunque en algunos casos pueden llegar a coincidir). Al mencionar que sea “obligatoria” o el estar “prohibida” determinada conducta, no se alude a esa conducta como deonticamente debida, sino al carácter debido de la consecuencia de esa conducta, es decir, de la sanción. “[...] La conducta obligatoria no es la conducta debida; debida es

¹⁹ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Novena edición, trad. Roberto. J. Vernengo. México, Distrito Federal. Porrúa, 1997. p. 39.

²⁰ *Ibid.* p. 38.

la sanción. Que una conducta sea obligatoria significa que lo opuesto de esa conducta es condición de que la sanción sea debida [...]²¹

Al referirse al carácter deóntico que la norma jurídica se está separando por una parte el supuesto normativo que funciona como accionante del mecanismo jurídico, en el que si la persona realiza la conducta socialmente no deseada se actualiza el supuesto para que se aplique la sanción. Lo cual distingue el carácter científico que la estructura de la norma tiene respecto del deseo o pretensión del sistema moral, o de la ética aplicada, con los cuales puede en determinados momentos coincidir el valor jurídico consignado en la norma con los valores perseguidos por los sistemas antes mencionados, pero que es diferente y autónomo. Razón por la cual veremos adelante que KELSEN niega ese mínimo de moral necesario del que el profesor HART habla, y por supuesto que no admite que los principios y directrices formen parte de lo que denominamos derecho. Ya que en el sistema puro de derecho no existe la posibilidad de considerar a la moral o a la ética aplicada como referentes valorativos para clasificar al derecho como justo o injusto, o en su caso como bueno o no, agotándose para su estudio científico el derecho en sí mismo, con su propia ciencia, método, lenguaje y objeto delimitado de estudio.

La juridicidad²² en tratándose del profesor HART, DWORKIN la refiere de la siguiente manera:

Los deberes existen cuando hay normas sociales que tienen previstos tales deberes. Semejantes normas sociales existen cuando se satisfacen las condiciones prácticas para su existencia. Tales condiciones prácticas se satisfacen cuando los miembros de una comunidad se comportan de cierta manera; este comportamiento constituye una norma social e impone un deber. [...] La existencia de la norma social y, por ende, la existencia del deber, es simplemente un hecho²³.

²¹ *Ibid.* p. 39

²² Para un análisis más pormenorizado respecto a la vinculatoriedad de las normas jurídicas, o lo que es la juridicidad, léase lo escrito en el apartado 3 del capítulo VII de HART, intitulado “*El contenido mínimo de la moral en el derecho*”, donde se explica, que el autor mencionado sostiene que puede aceptarse que el mínimo de moral contenido en la norma ayuda a explicar la obediencia al derecho.

²³ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio, Op. Cit.* nota 1. p. 106.

Que el origen de los derechos y los deberes impuestos mediante las normas jurídicas sea una cuestión de hecho implica problemas que DWORKIN analiza detalladamente, entre los cuales están las distinciones entre norma social y regla normativa, que considera semejante a la distinción hecha por el profesor HART de: existencia y aceptación. El caso de la norma social es semejante al del punto de vista externo, en el que el sociólogo describe las conductas que observa y que con base en la repetición y cumplimiento a patrones de conducta las considera como reglas de carácter obligatorio. La regla normativa es el caso del feligrés que además de considerar una regla como de carácter obligatorio, participa de ella cumpliendo lo que ordena.

Ésta teoría general sobre el concepto de obligación y deber (como le llama el profesor DWORKIN) a efecto de indagar su contenido la concibe en varias versiones: i) fuerte.- cuando se afirma un deber le es correlativa la existencia de una norma social que lo establece; ii) débil.- se afirma un deber que presupone una norma social, pero ésta puede no existir.

En el sentido fuerte de la teoría no se logran explicar la mayoría de los casos en los que se dice que se tiene el deber, por lo que nos queda el segundo sentido (débil), en el que con base en la aprobación social de los participantes de la regla se puede aludir a esa aprobación colectiva como cuestión de hecho que da existencia y aceptación a la regla. Pero precisamente esa aceptación conlleva otros problemas no considerados por la teoría dominante, los cuales los denomina de moralidad social, y diferencia entre la moralidad concurrente (cuando miembros de la comunidad afirman una misma regla o semejante, pero tal coincidencia no es definitiva), y moralidad convencional (cuando la semejanza es definitiva.)

El profesor DWORKIN en la analogía que realiza de la moralidad subyacente al origen de una norma, identifica a la moralidad concurrente con el mínimo de moral con el que el profesor HART explica el cumplimiento voluntario de lo establecido por la norma de parte de quienes rige. Pues considera que se cumple con lo estipulado por la norma por considerársela obligatoria en razón de lo que impone, independientemente de que otros no la cumplan, lo que crea la situación de hecho indispensable para que una norma social exista. Sin embargo, contrario a ésta postura, el profesor DWORKIN sostiene que no es la moralidad concurrente, sino la convencional la que explica la observancia y aplicación de la norma, aún cuando considera que quizá si existan

jueces que apliquen las normas por la convicción de que deben ser aplicadas independientemente de las prácticas que las sustenten. Empero, las prácticas judiciales en el sistema anglosajón son imprescindibles para explicar el sistema judicial²⁴.

Como el profesor DWORKIN considera que sólo la moral convencional puede explicar a la teoría de la norma social, la analiza a fondo encontrando la deficiencia de que aún a pesar de su carácter convencional la norma puede ser controvertida al no determinar su alcance preciso, o bien originado por la textura abierta del lenguaje. Por lo que llevando al extremo a la moral convencional, el autor en comento, concluye aseverando que de ser así la regla que deriva su origen de la práctica social como cuestión fáctica, debe reducirse a una caricatura de sí misma, al grado de que si un deber es discutible no existe tal deber. Ante tan grave acusación él mismo propone algunas formas de salvación de ésta teoría:

- i) Que la norma sea flexible y pueda extenderse a los casos más controvertibles.
- ii) Cambiando el concepto de norma social que se emplea, esto es, creando una proposición lingüística menos ambivalente, sin que se ignoren los hechos sociales que le dieron origen.
- iii) Que la norma social quede como descripción de la práctica social elevada a norma, pero que fije su umbral en lugar de su límite. De ésta manera se da lugar a que en la interpretación pueda precisarse lo que la práctica consensual impone como deber, y que el deber impuesto por la norma no tenga como límite (solo descriptivo, aunque no necesariamente correlativo) a la práctica, sino se pueda fundar en otros argumentos a efecto de explicitarla²⁵.

El tercero de los modos mencionados que la teoría de la norma social puede adoptar traer como consecuencias:

- a) Que ya no se apoye la tesis de una regla de reconocimiento.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio, Op. Cit.* nota 1. Cfr: págs. 108-110.

²⁵ *Ibid*, pags. 115-116.

Analicemos, si la práctica social es un referente para la creación y explicitación (interpretación y aplicación) de la norma y no una limitante, en ese sentido, dicha práctica no es el origen único de la norma, sino que se deben incluir estándares diferentes que no corresponden a la práctica social, sino a principios y directrices pertenecientes al entorno cultural del grupo. Por lo que ya no es la sola descripción del sociólogo la que explica la norma y sus efectos, ni tampoco el reconocimiento de quienes la observan como práctica obligatoria. De tal manera que la regla de reconocimiento (vinculada con el origen social de la norma) se queda truncada en cuanto hay estándares diversos a la propia práctica social, lo que la hace insuficiente para dar razón de los estándares que existen en el origen de la norma.

- b) Otra consecuencia de la teoría de la norma social, es que las normas no imponen un mínimo de derechos y deberes, ni aún cuando sean concensuales, ya que puede existir inconformidad de parte de quienes están obligados a observar ese mínimo de moralidad.

Empero, éste punto nos lleva al problema de la juridicidad de la norma, entonces, de dónde surge el deber de observar lo establecido por la regla. En tratándose de la juridicidad, DWORKIN sostiene que la teoría de la norma social hace una inferencia incorrecta al establecer como origen de la norma la práctica social y con ésta el mínimo de moral. Por lo que puede decirse y comprobarse que en muchos casos la norma tiene como antecedente una práctica social, pero esto no significa que sea su origen único, pues el juicio normativo que concibe a la regla con el carácter de norma jurídica puede referir a estándares que no son la práctica social, sino principios y directrices que surgen de la cultura y la necesidad²⁶.

La repuesta a la pregunta del origen del deber judicial impuesto por una norma lo da el mismo profesor DWORKIN en lo que será el primer esbozo de la teoría de la argumentación:

[...] Si una teoría del derecho ha de proporcionar una base para el deber judicial, entonces los principios que enuncia deben tratar de *justificar* las normas establecidas, identificando las tradiciones morales de la comunidad que, en

²⁶ *Ibid*, pags. 116-117.

opinión del jurista que elaboró la teoría, fundamentan realmente las normas²⁷. Este proceso de justificación conduce al jurista a profundizar en la teoría política y moral [...]”²⁸, y más adelante atacando la discrecionalidad vuelve a proponer a la teoría de la argumentación como la solución a los problemas encontrados en la discrecionalidad: “[...] Por el contrario, puesto que rechazo la doctrina de la discreción que describiré en la sección siguiente, doy por sentado que cabe encontrar argumentos convincentes que establezcan la superioridad de una teoría sobre otra. Pero estos argumentos deben incluir otros, referentes a problemas de teoría política normativa [...]”²⁹

En el fondo de la indagación realizada por el autor encontramos al Estado, que es ineludible al tratarse de la juridicidad de las normas. Tanto el origen social de las normas, como el mínimo de moral del derecho habían eludido la cuestión del Estado como elemento importante en la juridicidad del derecho, pero ahora desde la perspectiva que vincula a la filosofía política con el derecho y la moral, se tiene nuevamente como parte importante.

Es innegable que el Estado en ejercicio del poder político realiza las funciones de impartir derecho mediante el poder judicial, sin embargo, el uso de la fuerza para el cumplimiento de las obligaciones de los ciudadanos no solamente debe estar fundado en que éste tiene tal facultad de constreñir a los ciudadanos de acuerdo a la legislación existente, sino que requiere que haya más de una razón suficiente para aplicar la coerción, y un Estado liberal como el concebido por DWORKIN debe aceptar la integridad³⁰ como parte fundamental de su manera de ser. La integridad implica el respeto a los derechos de los ciudadanos, en una concepción que parte de los derechos y no de los deberes, y una estructura y prácticas institucionales que cumplan con la prestación y realización de los deberes que el Estado asume como propios, lo que constituye la justificación moral necesaria de todo Estado democrático, e impone como correlativo el deber a los ciudadanos de retribuir mediante el cumplimiento

²⁷ Para FRANCISCO LAPORTA el no referir la normas al Estado, da lugar a la crítica de que por muy elaboradas que sean dichas resoluciones serán igual de jurídicas que las del juececillo local carente de imaginación. Vid. *Entre el Derecho y la Moral. Op. Cit.* nota 3. p. 43. Adelante se verá que para nosotros sí hay referencia al Estado de parte de DWORKIN.

²⁸ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio, Op. Cit.* nota 1. p. 129.

²⁹ *Ibid*, pag. 130.

³⁰ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia. Op. Cit.* nota 17. p. 142.

de sus obligaciones. Se debe aclarar que el Estado no explica la totalidad de la juridicidad del derecho, pues esta es compleja e implica todo lo que se ha referido al respecto, pero sí es un elemento importante que no debe eludirse.

IV. LOS PRINCIPIOS MORALES

Los principios en sentido genérico los define como aquellos estándares que no son normas, y en sentido más estricto diferenciando de las directrices, los define como “[...] un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad [...]”³¹

El individualismo político de DWORKIN lo lleva a hacer la aclaración en el sentido de que no debe confundirse al principio con los objetivos sociales. Dichos objetivos tienen un sustento en su mayoría afín a la corriente del utilitarismo, por lo que no respetan los derechos individuales, y anteponen los propósitos colectivos, por ello es que se debe tener presente esta distinción entre lo colectivo y lo individual.

De las críticas que hemos mencionado que sus detractores le hacen a la obra de DWORKIN, se encuentra la de ser localista, tanto respecto a los ejemplos en los que pretende demostrar la aplicación de los principios, así como las teorías del derecho con las que discute, que como hemos visto se refiere sobre todo a la tradición anglosajona, específicamente a H.L.A. HART. El profesor DWORKIN considera que los positivistas pueden tener las siguientes posturas respecto a los principios:

1) **Que los principios no tengan el carácter vinculante.**

A lo que opone que en este caso alguien que solo resuelva considerando las reglas existentes será blanco de críticas por no considerar principios reconocidos y empleados por los jueces en casos difíciles, aún cuando el principio

³¹ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Op. Cit. nota 1. pág. 72.

en sí mismo no contenga obligación alguna de ser aplicado. La crítica va más allá cuando se dice que aún en el caso de que el tribunal estuviera moralmente obligado, institucionalmente o en razón de su oficio a aplicar los principios, esto no resuelve el problema de fondo respecto de qué es lo que diferencia las obligaciones impuestas por una norma jurídica de las impuestas por los principios y directrices, y por qué éstas últimas no son parte del derecho³².

2) Los principios no determinan resultados aún cuando sean obligatorios para su aplicación.

Que es otra manera de decir que los principios no son normas, ya que éstas siempre imponen resultados, una vez que se actualiza el supuesto establecido en la norma se impone una sanción; y en el caso de los principios, éstos solo orientan la decisión y sobreviven aún cuando no sean empleados. En ambos casos se puede presentar la necesidad del juez de decidir, en la norma cuando ésta no sea totalmente clara y aplicable al caso de que se trate, y en los principios cuando existan algunos que se semejen y tengan consecuencias diferentes³³.

3) Los principios son discutibles en razón de su peso e importancia, en tanto que las normas pueden demostrar su validez conforme a las reglas del sistema normativo.

El asunto de la discutibilidad de los principios nos conduce al de la juridicidad de los mismos. En el caso de las normas ésta se deriva del pedigrí y de la pertenencia de la norma al sistema normativo vigente en el ámbito espacial de que se trate, y dicha norma además lo es por ser identificada mediante el criterio de la regla de reconocimiento que establece los lineamientos para diferenciar las reglas jurídicas de cualquier otro tipo de reglas. Sin embargo, aún cuando la doctrina dominante sea consecuente en este punto, no es por decreto como lo dice el profesor DWORKIN, que deba de aceptarse, porque en la práctica ocurre que en los sistemas estadounidense e inglés los jueces en muchas ocasiones se ven constreñidos a modificar las normas existentes y a

³² *Ibid.* p. 88.

³³ *Ibid.*, cfr. pag. 89.

acudir a la utilización de principios para la solución de casos concretos. Por lo que surge la necesidad teórica de explicar la utilización de los principios en estos sistemas en los que aparentemente la doctrina dominante tenía muy claro.

V. LAS DIRECTRICES POLÍTICAS

Define a las directrices o directrices políticas como “[...] al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad [...]”³⁴ y argumentos políticos, como aquellos que justifican una decisión política demostrando que favorecen alguna meta colectiva³⁵.

En cuanto a la comunidad como forma de organización política, nuestro autor concibe varios modelos de comunidades, entre las que sostiene que la que es congruente con su concepción de derecho es el modelo de principio. No es el mínimo de moral expresado por el profesor HART, como contenido de las reglas que son el elemento que en parte hace que normalmente las reglas se cumplan, sino que estamos ante una postura de carácter político, en que se opta entre diversas formas que en el aspecto político las comunidades pueden tener, y entre las que debe ser adoptada aquella que es más congruente con el modelo de derecho que implica principios morales y la protección de los derechos políticos.

El ciudadano ante el cumplimiento espontáneo de la ley debe sentir un deber de correspondencia y no solo el jurídico (impuesto por la amenaza de coacción), pero este deber de correspondencia en éste caso tiene que ver con el modelo político de sociedad que exista. Aquel en que los derechos de los

³⁴ *Ibid*, pág. 72.

³⁵ Fernando SALMERÓN sostiene que la distinción entre directrices y principios puede ser borrada si se hace una construcción que tenga objetivos sociales basados en un principio (justicia), y un principio basado en la felicidad del mayor número. De lo cual diferimos, porque al momento de distinguir principios de directrices debe hacerse desde la perspectiva del derecho como integridad y el supuesto de una comunidad de normas. *Vid. Ética, Analítica y Derecho, Op. Cit.* nota 4. p. 149.

individuos sean tan valiosos sin excepción, y donde los ciudadanos asuman su deber de salvaguarda y protección de los unos a los otros, hace más factible que el modelo normativo de reglas y principios morales sea más respetado. Lo cual no debe entenderse que solo en este modelo de sociedad pueda funcionar, porque el modelo de normas que se propone aún cuando referido esencialmente al derecho anglosajón, tiene elementos que dentro de la teoría del derecho son rescatables para ser desarrollados y aplicados en nuestro derecho mexicano³⁶.

En la postura liberal del respeto a los derechos, los derechos de los ciudadanos son triunfos que se pueden contraponer a las directrices jurídicas³⁷ y a las razones de Estado, y que solo en casos extremos en que haya una necesidad probada podrá dejar de cumplirse con lo que establecen los derechos para anteponer una razón colectiva o lo que una directriz refiera, solo que, aún en este caso deben mediar razones de principios y argumentos suficientes que sustenten el sacrificio del derecho no realizado

VI. LA DIFERENCIA ENTRE PRINCIPIOS Y NORMAS

El autor en mención afirma que existe una distinción lógica entre los principios y las normas, además de la diferencia en cuanto a su estructura gramatical, donde en la mayoría de ocasiones la norma se nos presenta como prohibitiva o permisiva, y el principio con un carácter indicativo.

Las distinciones entre los principios y las normas son:

1.- La lógica:

- a) La forma disyuntiva, que consiste en que la norma puede tener excepciones, y para que ésta sea mencionada con mayor precisión debe referirse a todas las excepciones, y en el caso de los principios no es necesario tal mención.

³⁶ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Op. Cit. nota 17. Cfr. págs. 154-158.

³⁷ LAPORTA, FRANCISCO. *Entre el Derecho y la Moral*. Op. Cit. nota 3. p. 40.

- b) Las normas establecen correlativamente a su incumplimiento la imposición de una sanción, no así en el caso de los principios.
- c) Normas y principios pueden tener pretensiones de fondo diferentes, en el sentido de que una norma o un sistema (derecho) puede admitir que legalmente se realicen conductas contrarias a lo que un principio establezca, lo que nos lleva al tema tan discutido de que en este caso nos encontramos ante una ley válida pero injustamente mala.
- d) Los casos en que un principio no es aplicado, no son considerados como excepciones para su exclusión del sistema normativo, en el caso de la norma, su no aplicación al caso concreto al que claramente se refiera, aunque tampoco da lugar a su exclusión sí a que se llame la atención al juzgador respecto de quien dejó de aplicarla.

2.- La dimensión de peso e importancia.

- a) Para el caso de determinar la aplicación de una norma a un caso concreto basta con saber si el supuesto de la norma se ha actualizado (por lo menos en los casos ubicados en lo que HART denomina la zona de certidumbre jurídica), pero en el caso de los principios se debe considerar el peso relativo.

Al preguntar por el peso del principio, lo hacemos porque debemos encontrar las razones para que determinen por qué un principio es aplicado, y por qué no otro, y la respuesta está en el mayor peso, característica que las normas no tienen. Pues en el caso de dos reglas que se contrapongan una deroga a la otra en razón de ser la especial al caso, esto acorde a la validez, o se presenta la controversia al tribunal superior para que declare solo la aplicación de una de ellas.

En el caso de la importancia, no nos referimos a que unos principios lo sean en relación a otros, sino que para el caso en que se necesiten unos pueden resultar de mejor aplicación que otros en razón de los derechos que salvaguardan³⁸.

DWORKIN no explica con detalle lo que se refiere al peso e importancia de los principios, pero sí los ejemplifica con casos famosos del derecho estado-

³⁸ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Op. Cit. nota 17. Cfr: págs. 74-80.

unidense, como son los de *Riggs v. Palmer* y el de *Heninningsen v. Bloomfield Motors Inc.*

Sin embargo, como se ha negado la existencia de la regla de reconocimiento conforme a la cual por compleja que fuera se podía diferenciar entre normas y principios, precisamente bajo el argumento de que tal regla a pesar de su complejidad no podría dar cuenta correctamente de los principios por ser estos difíciles de discernir entre los diversos estándares morales y éticos de comportamiento, subsiste el problema de diferenciar clara y precisamente entre los principios y las normas. Por lo que las críticas a las que refiere el profesor RAZ son de gran importancia, aún a pesar de ser minimizadas por el propio DWORKIN³⁹; entre ellas las de: inespecificidad (inespecífico) así como la teoría de la concreción, las cuales son rechazadas por DWORKIN para poder explicar la distinción entre principios y derechos. Sin embargo, a pesar de la distinción entre principios y derecho hecha por el propio autor de *Los Derechos en Serio*, en muchas ocasiones no parece ser clara.

VII. LOS CASOS DIFÍCILES

DWORKIN refiere con la voz “caso difícil”^{40 41}, a aquellos en los que la solución no se encuentra en el propio sistema normativo, (concibiendo a éste como un sistema conformado solo por normas jurídicas, y no admitiendo ninguna otra forma de regla, sea de origen moral o social), y que por ubicarse fuera de la zona de certidumbre no son solucionables desde el propio sistema normativo, por lo que se hace necesario que el Juez recurra al uso de la discrecionalidad (en el caso del positivismo dominante), o a la teoría de la argumentación (acorde a lo que propone el autor en comentario).

³⁹ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Op. Cit. nota 1. Cfr p. 135.

⁴⁰ Theodor VIEHWEG le denominó el “problema”, refiriéndose a lo mismo; una cuestión que permite más de una respuesta. Apud. ATIENZA Manuel, *Las Razones del Derecho*. Op. Cit. nota 14, p. 34.

⁴¹ DWORKIN no hace una tipología de los casos difíciles. MACCORMICK los divide en aquellos en que hay problemas de: interpretación, relevancia, prueba y, calificación o hechos secundarios. Apud. *Ibid*, Cfr: págs. 112-113.

Según la crítica que el profesor DWORKIN hace al positivismo, éste se encuentra reducido a solo reglas jurídicas, por lo que no se admiten ningunas de otro tipo. Esta reducción del positivismo a una estructura solamente normativa es en cierto sentido más apegada al modelo positivista de Hans Kelsen, y no al modelo positivista del profesor HART, quien aún cuando no menciona a los principios morales, ni a las directrices políticas como parte del derecho, si refiere a una zona de certidumbre, otra de penumbra y la textura abierta del lenguaje.

Aún sin admitir plenamente la crítica al positivismo, siguiendo a nuestro autor, dice que la concepción de que el derecho se agote solo en reglas jurídicas conlleva que en un caso no contemplado por la legislación el Juez debe acudir a la discrecionalidad, y entonces al resolver el caso que se le presenta con argumentos o razonamientos ajenos a ese sistema normativo, por lo que estaría creando derechos y obligaciones antes no contempladas. Lo cual al aplicarlo viola el principio de no retroactividad en perjuicio de las garantías y derechos que todo gobernado tiene, lo mismo es incongruente con el régimen de libertades, derechos y seguridades que en los Estados modernos deben existir a favor de los gobernados.

Pero en el caso de que el sistema normativo no se agote solo en reglas jurídicas, entonces, se están admitiendo que los principios morales y las directrices políticas forman parte de ese modelo de las normas. Por lo que aún cuando explícitamente no se consideren algunos derechos y obligaciones, estos preexisten, y el Juez al aplicarlos está en la posibilidad de argumentar a favor de una solución u otra, pues está aplicando normas jurídicas obligatorias, lo cual implica que donde se termina el razonamiento estrictamente normativo el Juez puede referirse a principios morales o directrices políticas para resolver el caso difícil, sin que esto implique que esté aplicando retroactivamente una norma, y como consecuencia no viola ningún derecho de los gobernados. Si admitimos este modelo de las normas, también con ello el que el Juez ante los casos difíciles no recurra a la discrecionalidad para resolverlo, sino a la argumentación aduciendo sus razonamientos para sostener el por qué la aplicación de un principio o una directriz, y por qué no otro (s).

Y no perdamos de vista que las inferencias que en derecho se realizan no son semejantes a las de la lógica formal deductiva, pues en la primera no existe una necesaria consecuencia de que realizándose la premisa se deba llegar a

la conclusión, y en muchas ocasiones puede ser que aparentemente no tenga una relación necesaria, empero esté sostenida por la argumentación, lo que hace a la lógica jurídica argumentativamente diferente⁴²

Consideremos que casi todos los sistemas normativos actuales aceptan que además de las normas jurídicas existan otras reglas con origen diverso que puedan ser aplicadas al caso concreto que se presente, siempre que no estén contempladas en la legislación.

VIII. EL PROBLEMA DE LA DISCRECIONALIDAD

Hemos visto que la cuestión de los casos difíciles se relaciona con los principios morales, las directrices políticas, la zona de certidumbre del derecho (como la denominó HART), y la discrecionalidad de los jueces. Detengámonos en este punto y ahondemos junto con el autor en comentario respecto a los problemas que consigo trae la discrecionalidad.

El tema de la discreción es señalado por nuestro autor como uno de los puntos débiles de la teoría positivista dominante, refiere que en principio debe devolverlo a su uso originario, partiendo de que la discreción absoluta sin límites ni referentes no existe, y que se puede decir que sí existen los siguientes modos de discrecionalidad:

- a) En sentido débil, cuando no pueden ser aplicadas mecánicamente, sino que requieren discernimiento, ya que el contexto en que se tiene que decidir no es lo suficientemente claro.
- b) En sentido débil diferente, cuando un funcionario tiene el poder de tomar la decisión sin que pueda ser revisada ni anulada por cualquiera otro.
- c) En sentido fuerte, quien decide no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión, aunque no equivale a libertad sin límites, y no excluye la crítica, ya que en toda elección y decisión se

⁴² *Ibid.* p. 13. *Cfr.* págs. 13-16 para la distinción y corrección entre el contenido material y formal de los argumentos, el silogismo teórico y el práctico.

ponen en juego estándares de racionalidad, justicia y eficacia, los cuales funcionan como referentes para la crítica⁴³.

A juzgar por la concepción que del derecho tienen los positivistas. Estos emplean la discreción en el primer sentido débil, y en el fuerte. En el primer sentido lo hacen cuando existen normas que regulan el caso concreto que se plantea para su solución, pero las normas no son lo suficientemente claras y el Juez debe acudir a su razonamiento para poder resolver el problema, en éste caso se plantea el problema de los principios como un descubrimiento y no como una tautología.

En este sentido, la crítica de nuestro autor a la teoría dominante es congruente si consideramos la estrechez del positivismo respecto de lo que el derecho es o nombra, y que se limita a reglas jurídicas y por lo tanto no a principios aún cuando estos pudieran estar implicados en el propio sistema normativo concebido por los positivistas. Lo que los hace afirmar que la aplicación de principios es debido a un descubrimiento de algo que se desconocía pero que la razón sacó a la luz a fin de resolver un caso concreto. Lo que no es el caso que señala el profesor DWORKIN, de que es una tautología, ya que los principios están implicados en el propio sistema normativo, pero su estrechez de miras no les permitió concebirlos, de allí que la discreción sea una debilidad del positivismo, quienes en el afán de separar la moral y derecho, escamotean los principios que se encuentran en la zona de intersección entre ambas.

En el caso de la discrecionalidad en sentido fuerte, ocurre que no existe ninguna regla clara y aplicable al caso de que se trata, por lo que el Juez se ve obligado a crear derecho donde no existe y de ésta manera resolver el caso que se le presenta. Lo cual es contrario al principio de la no aplicación retroactiva de la ley y viola el mínimo de derechos de los ciudadanos, e incluso se considera a una fuente más del derecho, que son las resoluciones del juez.

El punto en el que el profesor DWORKIN insiste es en el que refiere que si las normas son obligatorias para los jueces, entonces éstos al modificarlas en cuanto a su alcance o interpretación ponen en duda precisamente su inalterabilidad y juridicidad, valores asignados en la teoría dominante a las reglas del sistema normativo, y que al no realizarse en lo que se denomina área de

⁴³ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Op. Cit. nota 1. Cfr: págs. 83-86.

incertidumbre dan cabida a la utilización de los principios para resolver los casos. Aquí debe considerarse lo siguiente:

1. No cualquier principio sirve para justificar un cambio en la norma existente, pues si éste fuera el caso ninguna norma del sistema estaría a salvo.
2. Se debe considerar la supremacía legislativa y la doctrina del precedente de las normas.
3. Cualquier cambio que se haga sin atender a los antes mencionado está en lo que hemos denominado discrecionalidad en el sentido fuerte, por lo que es más a voluntad del Juez, que a criterios definidos para la modificación de las reglas existentes.

No obstante lo anterior, señala nuestro autor en comentario que, los positivistas cuando refieren a los principios que han de ser incorporados al sistema normativo, los entienden como reglas en transformación de ser normas, o pertenecientes al mundo prejurídico. Esta es ceguera del positivismo de considerar a todo como normas o estándares en proceso de serlo, porque en caso de no ser así, solo son referentes elegidos discrecionalmente por el Juez para considerar a las reglas sí admitidas como normas jurídicas⁴⁴, lo que convierte la crítica de DWORKIN a la doctrina dominante en un ataque a la idea de la separación conceptual del derecho del profesor HART, y a su tesis de la moral como controladora de lo jurídico, y en cambio aquí se introduce la moral al seno del derecho⁴⁵.

⁴⁴ SALMERÓN, Fernando. *Ética, Analítica y Derecho*, Op. Cit. nota 4. p. 157.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*, Op. Cit. nota 17. Cfr. p. 93.

IX. EL JUEZ HÉRCULES Y LAS LIMITACIONES EN LA PRÁCTICA JURÍDICA

1. LA TAREA DE HÉRCULES

La tesis de los derechos (que se detalla en el siguiente tema) debe ser aplicable, pero debido a su complejidad y dificultosa elaboración a nivel argumentativo el profesor Dworkin ha recurrido a una ficción capaz de aplicar dicha tesis y elaborar una teoría integral⁴⁶ conformada con argumentos de principio⁴⁷, diferenciados de los políticos, cuyo objetivo es la salvaguarda de los derechos subjetivos en el régimen democrático, y un discurso conforme a los principios e historia institucional como novela en serie⁴⁸. Por ello nos dice:

Por consiguiente haríamos bien en considerar de qué manera, en los casos adecuados, un juez filósofo podría elaborar teorías sobre qué es lo que exigen la intención de la ley y los principios jurídicos. [...] Para este propósito he inventado⁴⁹ un abogado dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas, a quien llamaré Hércules.⁵⁰

⁴⁶ En los casos en que anotamos la palabra coherencia o congruencia debe ésta entenderse en el sentido de integridad.

⁴⁷ En cualquier comunidad la visión integral debe recurrir al derecho desde la perspectiva de que el derecho no puede ser identificado sin recurrir a valores. *Vid.* MARMOR, Andrei. *Interpretación y Teoría del Derecho*, Barcelona, España, trad. Marcelo Mendoza Hurtado. Gedisa, 2000, pp. 59-60.

⁴⁸ La labor de Hércules debe ser la de un relato intercalado. *Vid.* CALVO, José. *Derecho y Narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del derecho*. Barcelona, España. Ariel, 1998, pp. 16-30.

⁴⁹ Para Francisco LAPORTA, lo que hace es “trasladar al caso del juez el razonamiento “constructivo de RAWLS” y la idea de “equilibrio reflexivo”, pero se complica tanto que debe inventarse un juez”. *Cfr. Entre el Derecho y la Moral. Op. Cit.* nota 3. p. 41.

⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia. Op. Cit.* nota 17. p. 177. Ésta figura del Juez Hércules vuelve a aparecer.

Hércules ha de resolver los casos difíciles que se presenten en su jurisdicción, en estos casos hemos mencionado que se acaban las reglas claras y precisas conforme a las cuales se pueda resolver.

Para la teoría dominante quedaba la facultad del juez de hacer uso de su discrecionalidad y su poder creador de derecho, pero Hércules no podrá usar la discrecionalidad y en cambio si elaborar una argumentación capaz de demostrar la aplicabilidad de un derecho o principio no explícito en las reglas claras y precisas, pero que se puede demostrar que subyace a ellas y forma parte del sistema normativo o aquello que denominamos derecho.

Hércules tampoco tendrá la facultad de crear derecho para luego aplicarlo retroactivamente en perjuicio de derechos preexistentes y violando el principio de la no aplicación retroactiva de una obligación. Queda también el trabajo de descubrir la intención o propósito de una ley o cláusula, y de que su teoría sea contrastable y resista las críticas que puedan formularse al respecto. Dicha teoría sustentará su juicio como el más próximo a la dimensión de justicia y respeto de los derechos individuales, lo cual es considerado como la respuesta correcta. Entendiendo por respuesta correcta⁵¹ no aquella que satisface a todos⁵², sino aquella que desde la perspectiva de la integridad y coherencia se sustenta en razones de principio y no en decisiones políticas⁵³.

El razonamiento legal es un ejercicio de interpretación constructiva que debe justificar nuestras prácticas legales como un todo⁵⁴, y que desde la perspectiva del derecho como integridad debe prevalecer la búsqueda del afán de concretar la justicia en un entrelazamiento teórico en que confluyen el derecho, la moral, el Estado y la filosofía política. Por lo que los razonamientos que sustentan una resolución a un caso difícil deben expresar esta postura

⁵¹ A la respuesta correcta que deberá ser construida por el juez Hércules, se le ha denominado también por Chaim Perelman como “decisión razonable”, que es aquella más apegada a los principios generales del derecho. *Apud.* ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho. Op. Cit.* nota 14, p. 74.

⁵² DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia. Op. Cit.* nota 17. p. 12.

⁵³ En el sentido de “pretensión de corrección” o “corregibilidad de la respuesta”, se manifiesta Robert ALEXY, y sostiene a diferencia de Dworkin una teoría débil de los principios. *Apud.* Atienza, Manuel. *Las Razones del Derecho. Op. Cit.* nota 14, págs. 172-176.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la Justicia, Op. Cit.* nota 17. p. 11.

ante el derecho, y asumirla plenamente, de allí que la labor de Hércules sea tan complicada tanto en el ámbito teórico, como en el práctico⁵⁵.

2. HÉRCULES TEÓRICO-CONSTRUCTOR

Con las observaciones anteriores, veamos la labor del juez Hércules. Inicia por aceptar la autonomía judicial y las prácticas propias de su profesión, lo cual lo ubica en el amplio supuesto de la doctrina de la responsabilidad política y la aceptación de una teoría política general que justifique esas prácticas; y en el caso hipotético de nuestro autor, tal responsabilidad de sus resoluciones debe ser congruente con la política democrático individual que impera en los Estados Unidos. El autor en comento desarrolla algunos casos en los que el juez filósofo hará uso de su gran arsenal teórico⁵⁶:

1. El primer caso refiere a lo que la constitución ambiguamente establece en la estipulación de que ninguna ley será válida si establece una religión. Las exigencias teóricas para este caso son:

- * Estudio de la filosofía política en cuanto se refiere a la forma en cómo el Estado está estructurado y organizado, y en especial a las libertades.
- * La construcción de una teoría constitucional que contemple los esquemas fijados por la constitución.
- * Una teoría política que justifique a la constitución en su totalidad.
- * La adecuación de dicha teoría a la legislación que regule el caso concreto.
- * Tal adecuación debe ser tratada como un problema de filosofía política, y no como una mera subsunción.
- * Organizar una teoría de la constitución, configurada como un conjunto complejo de principios y directrices políticas que justifique ese sistema de gobierno.

⁵⁵ Aunque no lo menciona el autor que seguimos, es evidente que Hércules deberá de eludir todas las falacias argumentativas que puedan salir a su paso en su labor constructiva. Para falacias *Vid.* ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho. Op. Cit.* nota 14, p. 94.

⁵⁶ Para Neil MACCORMICK ésta es una visión ultrarracionalista del derecho, por lo que propone una teoría que esté a la mitad entre ésta y la irracional. *Apud. Ibid, Cfr.* págs. 107-108.

- * Enriquecer esa teoría refiriéndose a la filosofía política y a los detalles institucionales.
- * Crear teorías posibles que justifiquen los diferentes aspectos del esquema.
- * Poner a prueba las teorías en función de la institución global.
- * Cuando la prueba se agote elaborar los conceptos controvertidos de los que se vale la teoría triunfante⁵⁷.

2. En el caso del problema de interpretación en un conflicto de aplicación entre las leyes local y la federal para determinar cual ha de ser aplicable al caso concreto, se parte de que el trabajo anterior ya está realizado, lo que disminuye la elaboración de todo el trabajo teórico desde la Ley Fundamental, así que el procedimiento a seguir es:

- * Si la ley actual ha modificado los derechos de los ciudadanos, en este caso preguntar por qué la ley tiene tal poder.
- * Esto lo lleva a la teoría constitucional donde encuentra argumentos políticos y objetivos colectivos como justificación para ello.
- * La ley lo conduce a la elaboración de una teoría política especial que la justifique, y considere la responsabilidad del legislador al crearla. Así como a los argumentos de principio y políticos que pudieron existir para promulgarla.
- * La reformulación de una ley⁵⁸ que se refiera de manera más precisa a los casos para los cuales fuera promulgada.
- * A partir de ello la interpretación correcta del sentido de la ley, y por lo tanto la decisión sustentada en las necesidades a regular, y el respeto de

⁵⁷ Crear un abanico de principios no incompatibles entre si, que expliquen todo lo normativo que haya implicado es muy complejo, para FRANCISCO LAPORTA, se está “el derecho con el derecho justo [...] uniendo una decisión coherente con el derecho con una decisión correcta en sentido moral”, por lo que en países como Sudáfrica donde haya problemas de discriminación será mejor que Hércules mienta. *Vid. Entre el Derecho y la Moral. Op. Cit.* nota 3, p. 41.

⁵⁸ Puede ser el caso en que la ley no agote todas las consideraciones morales que los jueces deben tomar en cuenta al momento de decidir sobre un caso difícil, por lo que la integridad y el buen sentido del juzgador serán los principales medios para lograr resolver conforme a principios. *Vid. LYONS, David. Aspectos morales del derecho. Op. Cit.* nota 10, p. 140.

los derechos de los ciudadanos ante cualquier ley que pretenda limitar sus derechos.

- * Con base en lo anterior se decide en que casos se debe emplear la ley federal, y en cuales es más conveniente aplicar la local para resolver el caso concreto que se presente.

3. Aquellos casos difíciles que no estén previstos en la ley, y que le sean presentados al Juez Hércules, los resolverá basándose en la coherencia e integridad, y la fuerza gravitacional del precedente.

El profesor HART había advertido respecto de aquellos casos en los que no existía una regla clara y aplicable al caso, y que se encontraban en la zona de incertidumbre, ante esto el juez debía recurrir a su discrecionalidad para resolver el caso. Pero para el profesor DWORKIN, los precedentes así como los principios y el respeto de los derechos de los ciudadanos es lo que debe imperar en la solución a ese caso. Por lo que Hércules no deberá acudir a la discrecionalidad, sino dar una solución que no violente los principios jurídicos, morales y derechos políticos de los ciudadanos, y que sea congruente con la manera en como casos semejantes han sido solucionados con anterioridad, para ello deberá iniciar por determinar la fuerza gravitacional del precedente.

3. RECONSIDERANDO ALGUNOS TÓPICOS

Hércules critica el que haya fórmulas de tipo canónico en los que el precedente sintetice las razones y justificaciones de una decisión que puedan ser usados en casos posteriores como si fueran soluciones en fórmula para todo caso controvertido semejante. De tal manera que el precedente no impone límites infranqueables para el juzgador ante el nuevo caso, pero si establece un referente cuya aplicación está determinada por su fuerza gravitacional, por lo que se hace necesario que Hércules elabore una teoría respecto de la fuerza gravitacional de los precedentes.

Hércules encuentra que los precedentes no tienen justificación alguna para ser considerados como leyes al igual que la legislación, pero que en razón de la equidad los casos semejantes deben ser resueltos de manera semejante, por lo que “Un precedente es la constancia de una decisión política previa; el he-

cho mismo de esa decisión, como hecho de la historia política, ofrece alguna razón para decidir otros casos de manera similar en el futuro⁵⁹. Sin embargo, la equidad de la fuerza gravitacional del precedente reside en que esta sea resultado de argumentos de principio, y que por lo tanto, su justificación no sea de carácter político⁶⁰.

Nuestro juez puede encontrar que en la historia constitucional existan casos que hayan sido resueltos a nombre de los principios, pero que en realidad sean decisiones de carácter político, por lo que debe contemplar la elaboración de una teoría de los errores institucionales, tanto en su carácter histórico, como en la calidad de precedentes. Porque aún partiendo de la presunción de que los precedentes resuelven los casos difíciles apegados a principios que en ese momento son considerados como correctos, tanto la circunstancia como la situación política del momento pudieron haber influido en esa decisión, por lo que tal precedente puede a la luz de la situación actual demostrarse que no es lo más apegado a los principios que en el momento se consideran como los de correcta aplicación, por lo que sin negar su autoridad deberá atenuar su fuerza gravitacional⁶¹.

Por otra parte, si bien se debe distinguir que el precedente no tiene la calidad de una ley creada por el Congreso, éste en razón de la equidad y fundada en argumentos de principio tiene el poder declarar en determinado caso la inaplicabilidad de una ley por razones de analogía, si argumentativamente y teóricamente se demuestra que dicha ley viola la equidad y los derechos del ciudadano.

La equidad, la fuerza gravitacional y la congruencia en la aplicación de los principios así como determinar el modo en cómo establece el peso e importancia de los principios para su aplicación a los casos difíciles, son temas que se ubican en la tesis de los derechos, y que requieren de parte de Hércules una elaboración argumentativa que sustente teóricamente su aplicación a éstos casos.

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la Justicia*, Op. Cit. nota 17, p. 185.

⁶⁰ Una importante labor de Hércules es la de utilizar la argumentación para desentrañar lo que la retórica y la semiótica han ocultado bajo el mote de principios. Para relación entre Narración y semiótica, Vid. Calvo, José. *Derecho y Narración*, Op. Cit. nota 48, págs. 75-96.

⁶¹ DWORKIN, Ronald. *El imperio de la Justicia*, Op. Cit. nota 17, págs. 196-198.

Por lo que las primeras conclusiones de Hércules son en el sentido de que la fuerza gravitacional de un precedente debe estar fundado en argumentos de principio, y no en decisiones políticas, y que fundados en la equidad debe aplicarse la misma proposición resolutive a casos semejantes. Sin embargo, para el caso de los principios que sustentan el uso del precedente, Hércules debe elaborar un esquema de principios abstractos y concretos que justifiquen de manera coherente todos los precedentes del derecho consuetudinario, para lo que considera la posición vertical de los juzgadores, que refiere a su relación jerárquica y a su poder de decisión; y la posición horizontal que refiere a la congruencia en el uso de los precedentes de parte de los juzgadores.

Es preciso detenernos a analizar lo que significa e implica la coherencia, integridad, y en algunas ocasiones también denominada congruencia. La coherencia y/o congruencia puede referirse a que alguien (institución, juez) lo es cuando repite la conducta ante semejantes situaciones, en este sentido la integridad es algo más, pues refiere que no es suficiente resolver casos semejantes de la misma manera; sino, que se debe estar en búsqueda de la resolución más apegada a la justicia y equidad, o también conocido como la respuesta correcta, y esta búsqueda de expresar mediante la resolución lo más apegado a justicia y equidad se integra a la labor discursiva y de interpretación del juez ante los casos difíciles.

La integridad se debe distinguir de todo compromiso o connotación de carácter político y únicamente se le debe concebir relacionada con principios⁶², y en un sentido mucho más amplio la integridad debe ser el elemento unificador de toda la teoría normativa, tanto en el ámbito referido a la conjunción entre derecho y moral, como en el caso del derecho y la política, tales como el Estado democrático, comunidad de principios y respeto a los derechos políticos de los ciudadanos.

Precisamente el punto que refiere a la elaboración de una lista de los principios que establezca y detalle su peso e importancia, resulta una tarea casi imposible, o que hasta la fecha ningún autor ha elaborado de manera que satisfaga a los filósofos del derecho.

Los principios no pueden ser establecidos para siempre, pues aunque formalmente los haya universales, su connotación varía de tiempo en tiempo y

⁶² *Ibid.* págs. 160-163. En los casos en que anotamos la palabra coherencia o congruencia debe ésta entenderse en el sentido de integridad.

de una sociedad a otra, por lo que lo más congruente es determinar su peso e importancia en razón del caso concreto que haya que resolverse, y considerar la historia institucional y la coherencia e integridad del uso del precedente, ligado a una teoría argumentativa que resista la crítica. Ya que incluso puede llegar a sostener en ocasiones proposiciones argumentativas que se contrapongan a lo que el sentido común dicta o lo que se supone como correcto, para lo cual el juez Hércules apela a la moralidad comunitaria como referente para la construcción de su teoría moral, pues las decisiones judiciales han de quedar a salvaguarda de las pasiones de las mayorías, y deben ser resultado de un riguroso análisis teórico el cual dotará de contenido a los conceptos como equidad, igualdad, libertad y aquellos que sean discutibles.

El profesor DWORKIN negó la existencia de una regla de reconocimiento aún cuando fuera muy compleja, para poder discernir los principios y aquellos aplicables a un caso concreto. Al hacerlo nos proporcionó unos criterios muy elaborados, los cuales pueden ser creados y aplicados por el juez Hércules, pero que en la práctica evidencia que su aplicación se limita a un uso más restringido vinculado con el desarrollo paulatino y lento de nuestras instituciones judiciales y su labor argumentativa, así como la mejor preparación de los juzgadores y su experiencia⁶³.

Por lo que mientras no existan teorías complejas que expliquen desde la teoría constitucional para sostener la salvaguarda de un derecho particular, hasta la argumentación para demostrar la correcta aplicación acorde a principios, historia institucional y correcto uso de los precedentes, todo desde la perspectiva del derecho como integridad, quedarán las teorías de nuestro autor como referentes metodológicos para seguir elaborando argumentos que nos conduzcan a la respuesta correcta, quedando los del juez Hércules como ejemplo abiertos al estudio y a la crítica⁶⁴.

Una crítica que tanto Hércules como los jueces que pretendan obrar como él, es la de que pueden ser acusados de pretender hacer objetivas e íntegras sus propias visiones y convicciones jurídicas. Crítica a la que ningún juez se

⁶³ *Ibid*, p. 177. La expansión de los límites del análisis de los casos y de la extensión de la teoría que se emplee para resolver los casos difíciles será en gran medida reducida por la experiencia que los jueces tengan, así como su sentido de ubicación teórica dentro del derecho.

⁶⁴ *Ibid*, p. 190. Finalmente Hércules no es una imposición, sino un modelo metodológico para la práctica judicial.

podrá sentir aludido siempre que verdaderamente conciba el derecho como integridad desde una comunidad de reglas y sus resoluciones en los casos difíciles sean la búsqueda sincera sustentada en un análisis teórico íntegro del derecho⁶⁵.

X. LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN COMO SÍNTESIS DE LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

1. TESIS DE LOS DERECHOS

Introducir la moral al seno del derecho, es admitir que existe al menos un vínculo que liga a ambos órdenes normativos⁶⁶, y que la discrecionalidad sostenida por la teoría dominante no logra explicar, por lo que por recurre a la tesis de la separación conceptual de la moral y del derecho⁶⁷.

Empero, las decisiones que los jueces toman a modo de resolución en los casos difíciles que se les presentan van más allá de la discrecionalidad, implica el empleo de justificaciones de principio o justificaciones políticas, y no se detienen ante los límites impuestos por la doctrina, sino que se implican en las decisiones tanto la moral subjetiva del juez con la moral colectiva, e incluso en caso de hacer uso de justificaciones políticas, está involucrada también la filosofía política. Estos elementos no son considerados en el esquema de la teoría de la discrecionalidad, ni en la teoría de la separación conceptual del derecho.

⁶⁵ *Ibid*, Cfr: págs. 187-189.

⁶⁶ No todos coinciden con vincular ambos sistemas normativos, y sostienen una necesaria distinción fundada en cuestiones históricas, y que tácticamente lo ético y moral solo es derecho en cuanto se reconoce como tal. *Vid.* LAPORTA, Franciso. *Entre el Derecho y la Moral*. *Op. Cit.* nota 3, p. 67.

⁶⁷ El debate es en torno al fundamento del derecho y no solo en su margen, y en este debate el derecho ya no solo es únicamente reglas, sino que incluye la moral y las directrices jurídicas. Partiendo de que en su fundamento hay muchas cuestiones debatidas y no aceptadas por todos los abogados y jueces. DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. *Op. Cit.* nota 17, págs. 39-41.

Lo que se ha mencionado solo es posible desentrañarlo mediante el empleo de la teoría de la argumentación⁶⁸, y será el Juez Hércules el encargado de crear un razonamiento jurídico más elaborado a fin de poder resolver un caso difícil haciendo uso de las complejas teorías (en las que están implicados los razonamientos de jueces, abogados, y políticos, teorías del derecho y el modelo de las normas y teoría del derecho de nuestro autor)⁶⁹ que han de coexistir como sustento en la resolución de un caso difícil.

Veamos con detalle el caso de las justificaciones y la manera en como deben ser consideradas por los jueces y los abogados al momento de enfrentarse a un caso difícil. Desde un principio los juicios plantean al menos tres tipos de problemas: cuestiones de hecho, cuestiones de derecho y cuestiones entrelazadas de moralidad y fidelidad política⁷⁰. Por lo que a pesar del propósito de llegar a la respuesta correcta, no es garantía de que dicha respuesta o resolución satisfaga las expectativas de todos, por lo que deberá ser aceptada como la más adecuada aquella que presente más argumentos y elementos a su favor⁷¹, los cuales se trocarán en convicción en el ánimo del juzgador y de las partes.

Pero la respuesta correcta no se da en un ámbito plenamente o puramente jurídico, pues coexisten con el sistema normativo tanto los principios morales, la moralidad subjetiva del juez y la colectiva u objetiva, así como otros estándares de carácter político, los cuales veremos que en determinadas circunstancias llegan a vincularse de tal modo que solo una inteligencia preparada podrá llegar a discernirlos con el propósito de resolver el caso difícil que se le presente conforme a principios ubicados en el ámbito moral de la justicia,

⁶⁸ Teoría que tiene su origen en los años cincuentas como rechazo a la lógica formal y como instrumento para analizar los razonamientos jurídicos. *Vid.* ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho*. *Op. Cit.* nota 14, p. 29.

⁶⁹ Ya Chaim PERELMAN consideraba necesario referirse a todos los participantes discursivos para la construcción de la teoría de la argumentación. *Apud, Ibid*, p. 47

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. *Op. Cit.* nota 17, p. 16.

⁷¹ *Ibid*, p. 21, Aquí el autor sostiene que no se trata de la respuesta diferente, sino la correcta que en el sentido de quien la formula será la mejor entre todas las posibles, aún como convicción personal. Aunque la teoría de la argumentación se construye con argumentos no puede reducirse solo a esto, pues implica todo el aparato teórico elaborado por DWORKIN, y aunque TOULMIN refiera al mejor argumento, aquí su dimensión es más amplia, *Apud.* ATIENZA Manuel, *Las Razones del Derecho*. *Op. Cit.* nota 14, p. 82.

y no conforme a estándares de carácter político. Excepto cuando haya una justificación se considerarán aquellos orientados más al bien colectivo, y que no necesariamente pueden coincidir con la respuesta correcta que debe estar en el ámbito moral de la justicia antes mencionado.

El profesor HART había mencionado la textura abierta del lenguaje con el que las normas se formulan, en el que en ocasiones ni siquiera volviendo a reinterpretar se puede encontrar la solución a un caso concreto, por lo que es menester que los jueces legislen. Y allí comienzan nuestros problemas.

Ni HANS KELSEN⁷², ni HART⁷³, tuvieron problema con admitir que los jueces al resolver un caso concreto hicieran derecho, y éste es uno de los puntos torales para DWORKIN⁷⁴, pues según su propia teoría es incorrecto sostener que los jueces produzcan derecho, ya que atenta contra los derechos que todo ciudadano debe tener en un régimen político democrático, lo cual no es incongruente con su postura de interpretación construccionista, y del derecho como integridad.

Ya que en la interpretación construccionista el debate se remonta a los fundamentos del derecho, los cuales si fueran indubitables no podría cuestionarse el que si los jueces inventan o descubren la ley, más lo sostenido por nuestro autor, es que los jueces construyen mediante la argumentación lo que el derecho es, pero al construirlo no lo inventan o descubren, sino, que lo construyen desde la correcta percepción de los verdaderos fundamentos del derecho a pesar de que éste no haya sido reconocido antes o incluso haya sido negado⁷⁵. Empero, debe distinguirse entre no admitir que los jueces sean creadores de derecho, y que ellos tengan un papel activo en su función jurisdiccional como garantes del respeto de los derechos de los ciudadanos, lo cual

⁷² KELSEN, HANS. *Teoría Pura del Derecho*, *Op. Cit.* nota 19. p. 103. Allí menciona la función creadora del derecho de los tribunales, refiriendo a la imposibilidad del realismo norteamericano de poder reducir la ciencia del derecho a un simple predicción de la manera en como los tribunales han de resolver un asunto.

⁷³ HART, H. L. A. *El Concepto del Derecho*. trad. Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Argentina. Abeledo Perrot. 1998, p. 169. Funda la función productora de reglas en la capacidad discrecional de los jueces de resolver casos difíciles cuando se encuentran en las zonas marginales o de penumbra.

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, *Op. Cit.* nota 1. p. 146.

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. *Op. Cit.* nota 17. p. 18.

veremos adelante que denomina: programa de activismo judicial y programa de restricción judicial⁷⁶.

Critica también la concepción común de que los jueces se ciñen a la doctrina dominante al momento de resolver un caso difícil. Al momento de que un juez decide un caso difícil en su resolución no solo están implicados argumentos jurídicos, sino también morales subjetivos y colectivos, y por supuesto los políticos. De los morales o de principio se ocupa al denominarlos: argumentos de principio, como aquellos que justifican una decisión política demostrando que se asegura un derecho individual o del grupo. Y los argumentos políticos, como aquellos que justifican una decisión política demostrando que favorecen alguna meta colectiva.

En el caso de que se considere que los jueces son creadores de derecho además desde la perspectiva dominante del positivismo tenemos el problema de que existe una función delegada de parte del legislativo hacia los jueces para crear reglas, lo que confunde la función judicial que debiera estar limitada a resolver los casos, con la función del legislativo ceñida a la creación de las reglas. Y aún cuando una norma creada tenga una connotación política o haya sido resultado de una decisión de ese carácter, al estar en el ámbito de lo jurídico ya no deja a la voluntad del juez considerar estos elementos políticos al momento de aplicarla, sino únicamente los estrictamente jurídicos.

Esto no ocurre si se concibe que los problemas jurídicos respecto a las reglas no solo son en cuanto a la textura abierta del lenguaje que se emplea en ellas, sino en lo referente a lo que la sustenta como fundamento. Lo que permite la labor constructiva del juez en un papel activo, en la que la evidencia del derecho queda desmentida al ser objeto de debate⁷⁷, e incluso se amplía este debate a cuestiones morales y de filosofía política imperantes en el Estado como ideología y sustento democrático del mismo.

Otra creencia que se tiene al momento de que los jueces se enfrentan a un caso difícil y se supone que crean derecho (si es que se acepta su poder creador) es que al hacerlo se ciñen a las tradiciones jurídicas, las cuales restringirían su discrecionalidad. Empero tal explicación resulta insuficiente por dos razones:

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Op. Cit. nota 1. p. 217.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia*. Op. Cit. nota 17. págs. 19-20.

- i) Cuando un juez decide aún inmerso en las tradiciones, deben considerarse que preexiste a su decisión la moralidad integrada por todas las decisiones previas de otros jueces.
- ii) La moralidad institucional debe considerarse como límite e interactuando con la del juez que ha de decidir⁷⁸.

Pero no olvidemos que las decisiones judiciales han de ser generadas por principios y no por directrices políticas, de tal manera que el uso del precedente y de la influencia del derecho institucionalizado han de ser considerados para poder explicar la manera en como un juez debe resolver ese caso difícil. Las dos objeciones que DWORKIN opone a las decisiones que se realizan a partir de directrices políticas son:

- i) Que desde la perspectiva democrática, los jueces no son elegidos como aquellos que ejercen funciones de representación popular, por lo que no tienen el deber de rendir cuentas ante sus electores de sus actos.
- ii) En un régimen político democrático la función judicial de impartir justicia no debe sacrificar el derecho individual frente a una razón política o de Estado⁷⁹. Ambas críticas no podrían formularse a aquellas decisiones que tengan como sustento las directrices morales.

La tesis de los derechos retoma algunos de los elementos de la teoría política para explicar el modo en como los jueces son responsables de las decisiones que deban tomar, y del respaldo que les debe servir a modo de sustento. Dos ideas son empleadas para tal efecto: la doctrina de la responsabilidad política y la idea de la administración política.

De la doctrina se desprenden la exigencia de coherencia e integridad, en la que se diferencia estrictamente la política de la jurídica, que en la primera a nombre del beneficio colectivo se desconsidere al individuo, en tanto, que en la segunda, la integridad se impone como el trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. Y aquí el uso del precedente y de los principios cobra mucha importancia, en razón de la aplicación semejante y equitativa que de ellos debe hacerse.

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Op. Cit. nota 1. p. 153.

⁷⁹ *Ibid.* P. 150- 151.

El problema de la tesis de los derechos de permitir la intromisión de elementos propios de la política al seno de una explicación jurídica es que debe ampliarse el sentido de las voces responsabilidad política y administración política, para dejar a su vez a estos como categorías referentes para un juicio circunstanciado en el carácter democrático del Estado. De esta manera poder seguir sosteniendo las distinciones entre argumentos de principio y argumentos políticos, así como la exigencia de coherencia fundada en el uso del precedente y la historia institucional, en lo que refiere al uso de los principios y de la moralidad en los casos resueltos y en el modo en cómo deben emplearse en los casos difíciles que se presentan.

2. LA PRIMACÍA DE LOS DERECHOS Y LA INTEGRIDAD

El juez que ha de resolver un caso difícil está en la circunstancia de juzgar y vivir en un Estado democrático, que es el primer supuesto para la elaboración de ésta teoría. Luego, tiene una formación acorde a las doctrinas de su época en lo que se refiere al uso de los precedentes, los principios y la historia institucionalizada, y se le exige que su discurso sea resultado de argumentos de principio y una coherente aplicación de los principios y los precedentes. Hay aquí elementos que es menester distinguir y explicar a efecto de que pueda alcanzarse ese objetivo.

El profesor DWORKIN distingue los siguientes: “Los argumentos de principio se proponen establecer un derecho individual; los argumentos políticos se proponen establecer un objetivo político. Los principios son proposiciones que describen derechos; las políticas son proposiciones que describen objetivos. [...] Un derecho político es una finalidad política individualizada. [...] Un objetivo es una finalidad política no individualizada.”⁸⁰

Algunos de los considerados indiscutiblemente como derechos, son también objetivos políticos, entre ellos: la libertad y la igualdad. Sin embargo, su connotación y repercusión de los derechos en el ámbito colectivo y particular está en función de su abstracción o concreción; si su empleo es abstracto seguramente forma parte de un discurso jurídico, y carece de referentes subjetivos para su confrontación, y si el uso es restringido a un caso concreto,

⁸⁰ *Ibid.* págs. 158-159.

entonces cada derecho debe tener un peso específico en función su antecedente e historia institucionalizada. Se considera también el fin para el que se emplea, si la persecución de su realización es colectiva, entonces tiene el carácter de objetivo, pero si su fin es la aplicación concreta para salvaguardar un derecho subjetivo, es derecho. Ambos pueden ser absolutos o relativos, y contraponerse entre sí, y uno respecto de otro.

La tesis de los derechos exige congruencia, esto es, que las decisiones de los jueces se funden en argumentos de principio y no en los políticos, que la historia institucionalizada de la aplicación de los derechos y los principios sea considerada con la fuerza que el precedente⁸¹ le imprime, y que la moralidad tenga el peso suficiente para que las resoluciones se realicen en la dimensión de justicia. Y esta tesis como lo hemos apreciado en el numeral anterior ha sido realizada por la ficción del Juez Hércules, quien elaboró toda una teoría que cumplió con estas exigencias, la cual va de la filosofía del derecho a la filosofía política y moral.

La congruencia (en el sentido de integridad de la labor interpretativa y discursiva de los actores jurídicos) está íntimamente vinculada a la concepción del derecho como integridad, el cual implica las preguntas:

- I. ¿Si se justifica la relación entre derecho y coerción, y si tiene sentido exigir que se utilice la fuerza pública de acuerdo con las los derechos y responsabilidades que provienen de decisiones políticas del pasado?
- II. ¿Cuál es ese sentido?
- III. ¿Qué connotación se debe dar a la palabra “provienen” en el sentido de ser congruentes con decisiones anteriores?

A lo que la concepción del derecho como integridad en el mismo orden responde:

- I. Se acepta las ideas de ley y derechos legales.

⁸¹ En el precedente debemos considerar su fuerza gravitacional, en congruencia con la postura del derecho como integridad, y la elaboración de un discurso desde los fundamentos del derecho, sin desconsiderar la doctrinas del precedente: estricta y la moderada. DWORKIN Ronald. *El Imperio de la Justicia. Op. Cit.* nota 17, p. 31.

- II. Sostiene que la fuerza del derecho no tiene un carácter meramente instrumental, sino sobre todo que establece una igualdad en la que la protección y reivindicación moral justifican el ejercicio de ese poder político.
- III. Que los derechos y deberes provienen no solo de lo explícito en lo ya realizado como precedente, sino también de lo implícito proveniente de principios de moral⁸².

La integridad a su vez como acción interpretativa y discursiva establece un vínculo entre el derecho y los principios morales. Como modelo de las normas se impone a la concepción basada en reglas y sustenta la existencia de principios como derecho (derecho como integridad), la cual se extiende hasta las prácticas políticas del Estado. En el sentido de que el discurso del Estado debe estar preferentemente basado en la integridad y su punto de partida debe ser el de la búsqueda de la realización de los principios de la justicia y equidad sin violentar los derechos individuales (comunidad de principios)⁸³.

En lo referente a la historia como pasado institucionalizado del derecho que se manifiesta mediante el precedente y su fuerza de atracción, queda atenuado por la integridad. En este sentido, la integridad actúa como el elemento que enfoca su atención más en lo contemporáneo normativo, dimensionando el precedente en la denotación actual de los principios que sean contenidos en éstos; más que refiriéndose al uso pasado, que puede ya no coincidir con el actual, por ello que se diga que establece relaciones de integridad de tipo horizontales⁸⁴ y no tanto verticales⁸⁵.

⁸² *Ibid.* págs. 77-78.

⁸³ *Ibid.*, p. 164.

⁸⁴ Aunque la historia ha tenido un peso importante en el derecho, como sujetos de nuestras circunstancias DWORKIN sostiene el modelo liberal y por ello más el aspecto horizontal que el vertical. Para historia y derecho *Vid.* Atienza, Manuel. *Las Razones del Derecho. Op. Cit.* nota 14, p. 63.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia. Op. Cit.* nota 17, p. 165.

3. LA NOVELA EN CADENA

Una aportación vinculada con la labor activa de los jueces en el plano del derecho como discurso y acto de interpretación, es lo que denomina “novela en cadena”⁸⁶, en el que cada juez al resolver un caso difícil aporta algo a lo que podemos denominar una novela inconclusa en la que varios son los autores que participan escribiéndola. Esta novela en serie sería escrita por los jueces mediante sus resoluciones, y así cada juez al momento de agregar algo deberá considerar lo que se ha escrito antes con el propósito de que la novela en serie guarde congruencia e integridad, y no deberá dejar de lado ninguno de los elementos o características importantes de lo que hasta el momento se ha escrito, por lo que deberá dar cuenta de todas sus partes, pues el objetivo es crear una sola novela, y ésta deberá ser la mejor posible⁸⁷.

De manera metafórica en la concepción de la novela en serie están los elementos de la actividad interpretativa del juez, cuyo discurso debe ser constructivista, íntegro y congruente con lo que se ha hecho en el pasado, lo que no implica que justifique el pasado, pero sí que lo explique desde la perspectiva teórica de haber asumido al derecho como integridad y desde una comunidad de normas, buscando siempre la respuesta correcta fundada en principios y no en razones o directrices políticas, labor judicial en la que desde su perspectiva se borra toda barrera creada entre el derecho y la moral⁸⁸.

⁸⁶ Para ampliar la información respecto a la postura de la escritura integralista de la solución interpretativa y la manera actual de considerarla en la legislación, *Vid. CALVO, José. Derecho y Narración.. Op. Cit. nota 48, págs. 75-96.*

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia. Op. Cit. nota 17, págs. 166-168.*

⁸⁸ David LYONS considera que los límites teóricos de la propuesta de DWORKIN están relacionados con su referencia excesiva al sistema norteamericano, y su crítica desde la moralidad está dirigida a la moralidad explícita, y no a la existencia de condiciones morales para la ley en todos los sistemas. *Vid. Aspectos Morales de la Teoría Jurídica, Op. Cit. nota 10.*

4. ACTIVISMO Y CONSTRUCTIVISMO JUDICIAL

Antes de finalizar revisemos cuál ha de ser el papel de los jueces en este modelo de las normas propuesto por el profesor DWORKIN, y para ello nos remitiremos a lo que denomina el:

[...] programa de activismo judicial [que] sostiene que los tribunales [...] deben elaborar principios de legalidad, igualdad y otros semejantes, revisarlos de tiempo en tiempo a la luz de los que parezca ser la visión moral más reciente de la corte y, de acuerdo con ello, juzgar los actos del Congreso y el Presidente” (aunque aceptemos la versión más restringida que lo limita a los actos de los propios jueces al momento de resolver los casos), y el programa de “restricción judicial [...] que sostiene] que las decisiones de otras ramas gubernamentales sigan en pie, aún cuando lesionen el sentido que tienen los propios jueces de los principios que imponen las doctrinas constitucionales generales, excepto cuando tales decisiones lesionan en tal medida la moralidad política que violarían las estipulaciones sobre cualquier interpretación plausible [...]”⁸⁹

Partamos de un supuesto del profesor DWORKIN, el de que los ciudadanos tienen derechos jurídicos (legales) y morales, de allí que el problema se centre respecto de quien ha de decidir respecto de esos derechos morales, el legislativo, quien es encargado de crear las reglas, que bien pueden estar orientadas desde principios políticos y no morales, o los jueces (la corte) que deben salvaguardar no solo la legalidad de los actos, sino también el respeto a los derechos morales de los ciudadanos. Ahora desde la postura activa e integra de los jueces existen los problemas de que si los derechos deben ser respetados en principio y contra cualquier acto del Estado, o debemos considerar que los ciudadanos tienen primero deberes y luego reconocidos sus derechos. La concepción de si estamos ante una tesis que sostenga primero los derechos y luego los deberes, no es lo mismo si fuera a la inversa, pues el orden de primacía e importancia para el autor en comento, es que los derechos siempre deben ser respetados y solo en caso de existir alguna razón debe prevalecer el interés general⁹⁰.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Op. Cit. nota 1.

⁹⁰ *Ibid.* p. 262.

La última aseveración realizada, así como la función activa del juez, causan controversia al seno del positivismo, ya que trastocan los cimientos no solo de la tradicional función de los jueces, sino incluso de la concepción de la anteposición de los derechos de los ciudadanos a los del Estado, y la idea misma de justicia. Pues al introducir al debate los derechos morales al seno del estudio del derecho (jurisprudencia), la práctica de los tribunales y como función importante de jueces y abogados de defender y demostrar su aplicación correcta en los casos difíciles, anteponiendo el individuo a la colectividad (excepto cuando haya una razón importante) invierte el binomio individuo-colectividad; lo que ocurre luego de que las teorías posteriores a la segunda guerra mundial le apostaran a la colectividad.

El profesor DWORKIN refiriéndose a RAWLS⁹¹ (autor de la *Teoría de la Justicia*), señala los dos modelos que refieren a los principios de justicia y moral; el “modelo natural [...] que] describe una realidad moral objetiva; es decir, que no han sido creadas, sino más bien descubiertas por los hombres o las sociedades, tal como se descubren las leyes de la física”, y el “modelo constructivo [...] que establece] que hombres y mujeres tienen la responsabilidad de organizar los juicios particulares sobre cuya base actúan en un sistema de acción coherente [...]”⁹². En el que no hay un único correcto, pues de optar por el constructivo, puede llegarse a la situación de crear principios de justicia y morales de ocasión. Por otra parte, los concebidos como de carácter natural deben estar sometidos a revisión constante en cuanto a su alcance, actualización e incluso sus contenidos, esto sin perder de vista la intención primordial, por lo que deben considerarse al momento de fijar la postura todos los elementos que estén implicados en la decisión de qué principios de justicia y valores morales deben ser considerados y observados. De tal manera que en cada caso difícil pueda hacerse una explicación que atienda por una parte a la congruencia que debe tener la argumentación en lo que refiera al uso del precedente, la historia institucional, así como a la determinación de la existencia de los derechos morales que le deben ser respetados al ciudadano.

⁹¹ La idea de justicia en RAWLS no es de carácter puramente moral, sino sociojurídica, complicada con otras consideraciones distintas. Vid. RODRÍGUEZ PANIAGUA, Jose Ma. *Historia del Pensamiento Jurídico*, Tomo II, siglos XIX y XX. Octava edición, Madrid, España. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1997, p. 704.

⁹² DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Op. Cit. nota 1.

5. LOS DERECHOS EN SERIO

Concluimos con la aseveración de que si se quieren tomar en serio los derechos, tanto jueces, abogados, y ciudadanos, deben considerar primero a los derechos, y luego a las razones que existan para que éstos no prevalezcan, las cuales en un orden de concurrencia lo primero será proteger los derechos del ciudadano en particular, y después los colectivos considerados como grupo. De tal manera que un Estado democrático y liberal^{93 94}, el individuo sea equiparable a la colectividad, y ésta última se imponga cuando haya razón para ello, pero que el procedimiento no inicie por la exclusión del individuo para luego determinar si tenía o no derechos, y que en la argumentación que sustente cualquier decisión que al respecto se tome se consideren todos los elementos teóricos aportados por el profesor DWORKIN.

La idea de justicia del profesor DWORKIN, que sostiene aún de manera neutral para ser elaborada en el discurso, y que puede vincularse con el derecho (como reglas), para ejercer su influencia la primera respecto de la segunda, cobran pleno sentido, por lo que deben quedar anotadas aquí al final: “la justicia es una cuestión acerca de cuál es la mejor teoría o la más correcta sobre los derechos políticos y morales, y la concepción de cualquier persona acerca de la justicia es su teoría, impuesta por sus propias convicciones personales, acerca de lo que estos derechos son en realidad.”⁹⁵ No debemos desconsiderar que aún cuando la idea de justicia tenga un origen subjetivo, en el discurso que reivindique la protección y respeto de los derechos, convergen tanto lo subjetivo como la moralidad comunitaria⁹⁶, todo en el marco de la concepción del derecho como ejercicio de interpretación constructivista, íntegro y congruente.

⁹³ DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia. Op. Cit.* nota 17. DWORKIN es un defensor del liberalismo político y para algunos neoiusnaturalista, aunque también podría denominársele un teórico del liberalismo jurídico.

⁹⁴ La justicia de la ley es compatible con el imperio de la ley no solo en los sistemas social-demócratas, sino en todo sistema legal que pretenda realizarla. *Vid.* MACCORMICK, en *Derecho y Moral*, comp. Rodolfo VÁZQUEZ. Barcelona, España. Gedisa, 1998, p. 160.

⁹⁵ *Ibid*, p. 79.

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio, Op. Cit.* nota 1.

Epílogo

I. 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 percartarnos 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

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

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.

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.

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

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

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

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 apeándose 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.

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

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

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

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.

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.

- 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.

Analícemos 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

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 un 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 un 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-

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. Guillot. 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.

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.

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.

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 ajetreo 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.

FUENTES CONSULTADAS

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY Robert. *El concepto y la validez del derecho. Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica*. Segunda edición, traducción Jorge M. Seña. Barcelona, España. Gedisa, 2004.
- ATIENZA Manuel. *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. Primera reimpression. México, Distrito Federal, Serie doctrina jurídica No. 134, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- *El Sentido del Derecho*. Barcelona España, Ariel, 2001.
- APEL OTTO Karl. *Estudios Éticos*. Primera edición, traductor Carlos de Santiago. México, Distrito Federal. Distribuciones Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, número 77, 1999.
- AUSTIN John. *Sobre la Utilidad del Estudio de la Jurisprudencia*. Sin número de edición, Traducción de Felipe González Vicen. Madrid, España, Colección Civitas, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.
- AYER A. J. *El Positivismo Lógico* (Compilador). Tercera reimpression, traductor L. Aldama (*et. Al*). México, Distrito Federal. Fondo de Cultura Económica, 1986.
- CALVO José. *Derecho y Narración. Materiales para una Teoría y Crítica Narrativista del Derecho*. Barcelona España. Ariel, 1998.
- DWORKIN Ronald. *Los Derechos en Serio*. Sin número de edición, traducción de Marta Gustavino. Barcelona España. Ariel, 1989.

Fuentes consultadas

- *El Imperio de la Justicia. De la Teoría General del Derecho, de las Decisiones e Interpretación de los Jueces y de la Integridad Política y Legal como clave de la Teoría y Práctica.* Traducción de Claudia Ferrari. Barcelona, España. Gedisa, 1988.
- DE PARAMO ARGÜELLES Juan Ramón. *H. L. A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho.* Sin número de edición. Madrid, España. Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- DUSSEL Enrique. *Ética de la Liberación en la Edad de la Globalización y de la Exclusión.* Segunda Edición. Valladolid, España. Trotta, 1998.
- FOUCAULT Michel. *Las Palabras y las Cosas.* Décimo segunda edición, traducción de Elsa Cecilia Frost. México Distrito Federal. Siglo XXI, 2003.
- FULLER L. Ion. *La Moral del Derecho.* Traducción de Francisco Navarro. México, Distrito Federal. Trillas, S.A., 1967.
- GARZÓN Valdés Ernesto (Edición de). *El Derecho y la Justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía.* Madrid España, Volumen II. Trotta, 1996.
- HART HERBERT Lionel Adolphus. *El Concepto del Derecho.* Sin número de edición, traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot, 1998.
- *Derecho y Moral Contribuciones a su Análisis.* Sin número de edición, traducción de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Argentina. Depalma, 1962.
- *Post Scriptum al Concepto del Derecho.* Sin número de edición, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. México, y Distrito Federal. Serie estudios jurídicos no. 13. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México. 2000.
- KELSEN HANS. *Teoría Pura del Derecho.* Novena edición, traducción de Roberto J. Vernengo, México, Distrito Federal. Porrúa, 1997.

- KAUFMANN. *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Traducción de María José Fariñas. Madrid, España. Debate, 1992.
- LAPORTA Francisco. *Entre el Derecho y la Moral*. Segunda edición. México, Distrito Federal. Distribuciones Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, número 26, 1995.
- LEVINAS Emmanuel. *Totalidad e Infinito*. Cuarta edición, traducción de Daniel E. Guillot. Salamanca, España. Ediciones Sígueme-Salamanca, 1997.
- LÓPEZ BETANCOURT Eduardo. *Teoría del Delito*. Sexta edición. México, Distrito Federal. Porrúa, 1986.
- LYONS David. *Aspectos Morales de la Teoría Jurídica. Ensayos sobre la Ley, la Justicia y la Responsabilidad Política*. Traducción de Stella Álvarez. Barcelona, España. Gedisa, 1998.
- MARMOR Andrei. *Interpretación y Teoría del Derecho*. Traducción de Marcelo Mendoza Hurtado. Barcelona, España. Gedisa, serie cla.de.ma, 2000.
- NAKHNIKIAN George. *El Derecho y las Teorías Contemporáneas*. Segunda edición, traducción de Eugenio Bulygin y Genaro R. Carrió, México, Distrito Federal. Distribuciones Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, número 5, 1993.
- ORREGO SÁNCHEZ Cristobal. *H. L. A. Hart, Abogado del Positivismo Jurídico*. Sin número de edición. Navarra, España. Ediciones de la Universidad de Navarra, S.A., (EUNSA), 1997.
- RAZ Joseph. *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*. Segunda edición, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. México, Distrito Federal. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México. Serie G Estudios Doctrinales, no. 62, 1985.
- . *Razón Práctica y Normas*. Sin número de edición, traducción de Juan Ruiz Manero. Madrid, España. Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Fuentes consultadas

- RODRÍGUEZ PANIAGUA José María. *Historia del Pensamiento Jurídico*. (Tomo II siglos XIX Y XX.) Octava edición. Madrid, España. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 1997.
- SUÁREZ VILLEGAS Juan Carlos. *¿Hay Obligación Moral de Obedecer al Derecho? Con especial referencia a la tesis de J. Finnis*. Sin número de edición, Madrid España. Tecnos, 1996.
- SALMERÓN Fernando. *Ética, Analítica y Derecho*. México, Distrito Federal. Distribuciones Fontamara, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, número 67, 2000.
- TAMAYO Y SALMORÁN Rolando. *El Derecho y la Ciencia del Derecho Introducción a la Ciencia Jurídica*. Primera reimpresión. México, Distrito Federal. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México. Serie G Estudios Doctrinales, no. 86, 1986.
- VÁZQUEZ Rodolfo (compilador). *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*. México, Distrito Federal. Distribuciones Fontamara, Doctrina Jurídica Contemporánea, 1998.
- (Compilador) *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona, España. Gedisa, serie cla.de.ma/derecho, 1998.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-philosophicus*. Versión de Jacobo Muñoz *et. al.* Tercera reimpresión. Madrid. España, 2002. Alianza Editorial.

REVISTAS Y PUBLICACIONES PERIÓDICAS

GUTIÉRREZ Y GONZALEZ Ernesto. “El principio de la Buena fe en el Derecho Civil”. Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXXII julio-diciembre de 1982, publicación bimestral números 124-125-126.

VEGA GÓMEZ Juan. “El Positivismo Excluyente de Raz”. Boletín de Derecho Comparado, Nueva serie año XXXVII número 110 mayo-agosto 2004, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Derecho y moral. Estudio introductorio, editado por la Facultad de Derecho, se terminó de imprimir el 26 de abril de 2011 en los talleres de CREATIVA IMPRESORES S.A. de C.V. calle 12, número 101, local 1, colonia José López Portillo, Iztapalapa, 09920, México, D.F. Tel. 5703-2241. En su composición se utilizaron tipos Times New Roman. Tipo de impresión offset, las medidas 17 x 23 cm. Los interiores se imprimieron en papel Cultural de 75 grs. y los forros en cartulina Sulfatada de 14 pts. La edición estuvo al cuidado del Lic. Alberto J. Montero. La edición consta de 1000 ejemplares.

