

Universidad de Chile
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Departamento de Ciencias del Derecho
Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

SOBRE LA DOCTRINA JURÍDICA COMO ACTIVIDAD POLÍTICA.

Profesor guía: Carlos Ruiz Schneider

Alumno:

Cristóbal Larraín Martínez.

Santiago, septiembre de 2004.

PREÁMBULO .	1
INTRODUCCIÓN .	3
CAPITULO 1. LA CRÍTICA DE HART A LA TEORÍA DE BENTHAM / AUSTIN .	17
1.1 EL MODELO DE BENTHAM Y AUSTIN .	19
1.2 LA RECONSTRUCCIÓN QUE HACE HART DEL MODELO SIMPLE DE POSITIVISMO . .	22
1.2.1 Las críticas de Hart referidas al contenido, origen y ámbito de aplicación de las normas . .	24
1.2.2 La crítica al concepto de soberano . .	26
1.2.3 La persistencia del derecho. .	28
1.3 LIMITACIONES JURÍDICAS A LA POTESTAD LEGISLATIVA . .	29
CAPITULO 2. EL MODELO DE HART .	33
2.1 LA TEORÍA PRÁCTICA DE LAS REGLAS . .	34
2.1.2 Estar y verse obligado .	42
2.2 EL DERECHO COMO UNIÓN DE REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS .	43
2.2.1 La regla de reconocimiento . .	46
2.3 LA TEXTURA ABIERTA DEL DERECHO . .	50
CAPITULO 3. LA CRÍTICA DE DWORKIN AL POSITIVISMO . .	55
3.1 LOS PRINCIPIOS . .	57
3.1.1 Argumentos de principios y argumentos políticos . .	60
3.2 LA CRÍTICA A LA DISCRECIÓN JUDICIAL . .	61
3.3 LA CRÍTICA A LA REGLA DE RECONOCIMIENTO .	64
3.4 LA CRÍTICA A LA TEORÍA PRÁCTICA DE LAS REGLAS .	66
3.4.1 Teoría práctica y obligación judicial . .	66
3.4.2 Tres tesis sobre la regla de reconocimiento .	70
3.5 EL MODELO JUDICIAL . .	73
3.5.1 La legislación .	74
3.5.2 Los precedentes . .	76

3.5.3 Objeción democrática en contra de Hércules .	79
CAPITULO 4. LA RESPUESTA DE HART, COMENTARIOS CRÍTICOS .	83
4.1 LA RESPUESTA DE HART .	84
4.1.1 Sobre la naturaleza de la teoría jurídica . .	84
4.1.2 Sobre el positivismo . .	86
4.2 SOBRE LA NATURALEZA DE LAS REGLAS .	90
4.2.1 La teoría práctica de las reglas . .	91
4.2.2 Reglas y principios . .	92
4.3 SOBRE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO .	94
4.3.1 Pedigrí e interpretación .	94
4.3.2 La discreción judicial . .	95
4.4 LA TEORÍA DEL SEGUIMIENTO DE REGLAS .	98
4.4.1 El problema de los casos fáciles .	99
4.4.2 El problema del seguimiento de reglas .	101
4.4.3 Un nuevo punto de partida .	105
CAPITULO 5. CONSENSO Y FUNSIÓN POLÍTICA DEL DERECHO .	107
5.1 DOS MODELOS DE CONVENCIONALISMO .	107
5.2 HABERMAS, EL DERECHO, POLÍTICA Y MORAL .	110
5.3 DERECHO NATURAL RACIONAL: ALGUNAS VERSIONES .	115
5.4 LA SUSTITUCIÓN DEL DERECHO NATURAL RACIONAL POR LA IDEA DE ESTADO DE DERECHO .	116
5.5 LA RACIONALIDAD PROCEDIMENTAL . .	120
CONCLUSIÓN .	125
APÉNDICE . .	135
BIBLIOGRAFÍA: .	159
Varios Autores: .	161

PREÁMBULO

Existe una vieja discusión en el derecho: Para algunos el derecho es una institución que existe en el mundo real y es conveniente, para la vida práctica, conocerla tal cual es. Para otros, el derecho es mas bien una aspiración, y su manifestación real en el mundo es solo una versión imperfecta que debe ir progresivamente mejorando para alcanzar esa aspiración. Ambas corrientes parecen estar respondiendo dos preguntas distintas: ¿Qué es el derecho? ¿Cómo debe ser el derecho?

Llama la atención que contestando dos preguntas tan distintas, haya habido espacio para la discusión entre ambas posiciones. Sin embargo, no solo hubo discusión sino que ambas posturas han pretendido en distintos momentos haber ganado la discusión. Hoy en día el positivismo ostenta la actitud del triunfo, como si la historia finalmente le hubiese dado la razón. Sin embargo, este triunfo sin contrapesos (hoy por hoy no existe una teoría jurídica naturalista verdaderamente competitiva) ha permitido agudizar nuestra percepción en cuanto a qué esta mal en el positivismo.

El problema lo podríamos plantear de la siguiente manera: el positivismo pretende formular un método para conocer la *realidad* del derecho a la manera en que la astronomía pretende conocer la realidad del espacio, pero existe una diferencia importante, pues reducido el derecho a las fuentes formales (tesis central del positivismo), el derecho es algo que nos resulta perfectamente conocido, más aun, la descripción más precisa y exacta de la realidad, por ejemplo del derecho civil, se puede obtener simplemente fotocopiando el código civil. No es necesario, como en las ciencias, recurrir a poderosos instrumentos de observación, ni hacer cálculos para predecir lo que no está al alcance de nuestros sentidos, pues el derecho está frente a nuestros ojos. Sin embargo, sabemos que cuando se enseña derecho y cuando se resuelven contiendas judiciales se usan conceptos que no están en los códigos que usamos. En el caso del derecho civil por ejemplo, el concepto de acto jurídico no aparece mencionado en ninguna parte del código del ramo, más aun, sabemos que dicho concepto apareció en la doctrina por primera vez algunas décadas después de la promulgación del código. Si fuéramos positivistas extremistas deberíamos calificar a la teoría de los actos jurídicos como “disparates en zancos” y sin embargo no lo hacemos. Pareciera que determinados conceptos e instituciones jurídicas tienen una vigencia que no depende necesariamente de la ley positiva. Si todos los abogados han debido estudiar la teoría de los actos jurídicos en la universidad, que es la instancia en la que se forma el concepto de lo que es el derecho y de lo que no es el derecho, obviamente dicha teoría no nos parece disparatada. Si a todos los abogados se les enseñara que las reglas del dominó son parte del derecho, a lo mejor no nos parecería disparatado sostener que las reglas del dominó son derecho. El positivismo no da cuenta de este fenómeno, simplemente se obstina en suponer que el derecho es una realidad que no depende para nada de la actividad humana, se obstina en suponer que el derecho es como las estrellas.

La función pragmática de la teoría en la practica, esto es, la influencia que ejerce la reiteración sistemática de las condiciones que permiten la existencia del derecho en esas condiciones de existencia, es algo de lo que el positivismo no quiere hacerse cargo. De modo que (caricaturizando) decir que el derecho es lo que es, no importando nuestra opinión moral al respecto, y acto seguido señalar que el derecho arcaico o el derecho internacional, en verdad, no son derecho pues no cuentan con mecanismos coactivos eficaces, es una forma solapada de señalar que nos gustaría que llamáramos derecho solo a aquellas instituciones que cuentan con mecanismos coactivos, así como los botánicos insisten en hacernos creer que a pesar de la

apariencia las palmeras no son árboles sino un tipo de pasto.

Hasta ahora el modo tradicional de describir este fenómeno de la influencia solapada de la teoría en la práctica era por medio de la crítica de la ideología, lo que suponía de un modo u otro asumir un cierto grado de mala fe en los partícipes de la tradición positivista. Creemos que dicha denuncia, importante por cierto, no es la única y ni siquiera la más importante. Se puede tildar de mala fe la actitud de los teóricos positivistas (es el camino que asumen Nietzsche, Foucault etc) pero más importante es sostener la ingenuidad de la propia teoría. Esto nos permite valorar cierta objetividad en nuestra investigación pero reconociendo que el resultado de ella, y del conjunto de todas ellas, influye en la realidad que estamos describiendo. Por otra parte, como para obtener datos útiles respecto de la realidad del derecho debemos comprender el significado de dichos datos, y eso significa que cuando nos enfrentamos a razones debemos entenderlas como tales, es decir como razones, y por tanto como buenas o malas razones, debemos asumir un papel deliberante en nuestra investigación. Tomarnos en serio un sistema normativo es asumir ese rasgo característico de los sistemas normativos que es la aspiración al deber ser. Eso no significa que la realidad del derecho quede prejuzgada por determinada versión de la vida buena (que es lo que hace el jus-naturalismo) pero tampoco podemos suponer que el simple hecho de hablar en tercera persona y en lenguaje objetivante basta para aceptar que se está “simplemente describiendo la realidad”. Cuando se nos dice que el derecho internacional, o los derechos humanos son disparates en zancos debemos ponernos en alerta respecto de lo que en verdad se está haciendo, pues de hecho, desde una perspectiva convencional, si asumimos que el derecho internacional es derecho, entonces *es derecho* del mismo modo en que lo es la teoría de los actos jurídicos.

Pero ahora que sabemos que no se puede simplemente describir la realidad del derecho pues esta depende en gran parte de lo que digamos de ella al describirla ¿no sería conveniente entonces tratar de responder a esa pulsión hacia el deber ser? El positivismo nos respondería que no, dado que la pulsión hacia el deber ser, es decir, la idea de bien de Pedro, Juan y Diego son distintas y mutuamente inconmensurables. Ronald Dworkin responderá que sí pues no importando que las ideas sobre la vida buena de Pedro, Juan y Diego sean distintas, en algo se pondrán de acuerdo: que dichas ideas se basan en buenas razones y por lo tanto deberán estar de acuerdo en las reglas del juego que permitan la libre competencia entre dichas razones. Esas reglas del juego son las de la responsabilidad política de los actores involucrados en la definición de las reglas del juego social, del derecho. Si la doctrina jurídica o cualquier otra instancia de teoría general acerca del derecho tienen influencia sobre él, entonces tiene una responsabilidad política en la medida de esa influencia. Quizás esa influencia, hoy por hoy sea escasa, pero mientras no tengamos pruebas al respecto, debemos tomarnos en serio esa influencia, debemos tomarnos en serio el derecho.

“Uno ha creído a veces, en medio de este camino sin orillas, que nada habría después; que no se podría encontrar nada al otro lado, al final de esta llanura rajada de grietas y de arroyos secos. Pero sí, hay algo.”

Juan Rulfo, El llano en llamas.

“De ello se deduce lo que, sin duda, constituye la verdad última del puzzle: a pesar de las apariencias, no se trata de un juego solitario: cada gesto que hace el jugador de puzzle ha sido hecho antes por el creador del mismo”.

Georges Perec, La vida instrucciones de uso.

INTRODUCCIÓN

1.

Dice el Código Civil en su artículo primero que “la ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la constitución, manda, prohíbe o permite.” El Código Civil es una ley, pero ¿qué es un artículo de Código? Debe ser una parte de una ley, y como tal debe cumplir algún rol en la función general de mandar, prohibir o permitir. Pero ¿qué acción humana es la que manda prohíbe o permite este artículo primero? Dicho esto ¿cómo cumple ese rol un artículo determinado? ¿Cuál es la relación entre una ley, un artículo y una norma jurídica? ¿Qué es una norma? Y ¿qué es el derecho?

Tradicionalmente se ha entendido que estas y otras preguntas análogas deben ser respondidas por la teoría general del derecho, que es una de las actividades que se realizan en el marco de la formación de los abogados. Que una norma es distinta a una ley, o a un artículo, es algo que han subrayado diversos autores. También se ha sostenido que la determinación de conceptos como el de norma y otros conceptos jurídicos es importante a la hora de describir el derecho. Pero ¿por qué habríamos de responder esas preguntas? ¿no es más importante saber qué prescribe la ley que saber qué es la ley? Y, ¿no es cierto que para saberlo, basta leer el diario oficial?

La ley se refiere al comportamiento de los ciudadanos y emana de la actuación de otros ciudadanos (las personas que ocupan cargos en el poder legislativo) y, aparentemente, para ninguna de esas personas es relevante contestar el primer grupo de preguntas. Si el derecho es una manifestación de determinados consensos sociales

explícitos ¿por qué habría de ser necesario contar con expertos que identifiquen cuáles son esos consensos? En definitiva: ¿por qué es necesario que el derecho sea una disciplina universitaria?

Sabemos que el nacimiento de las universidades medievales está directamente relacionado con la formación académica de los expertos en derecho. La Universidad de Bolonia nació como respuesta a la necesidad cada vez más urgente de contar con estudiosos del derecho romano y canónico. El estudio medieval de Corpus Juris de Justiniano se justificaba, no por la vigencia de dicha legislación, sino por la perfección técnica que representaba el derecho romano a ojos del mundo medieval. Más aún, porque el mundo medieval veía en el mundo clásico un modelo al que se aspiraba imitar. De ese modo, el estudio universitario del derecho no nació por la necesidad de conocer el derecho tal cual es, sino por la aspiración de que el derecho llegara a ser algo distinto.

Esta formación académica encontraría un nuevo impulso en la necesidad de autoafirmación de los Estados modernos. Desde el punto de vista jurídico, la modernidad es un esfuerzo encaminado a la autoafirmación del poder del soberano. Dicho esfuerzo se expresa en la monopolización de las fuentes del derecho en la ley, en la administración del derecho por expertos que están al servicio del soberano, en la separación conceptual del derecho y la moral y en la reducción de la política al ejercicio del poder. Este proceso tiene su culminación en los movimientos codificadores de comienzos del siglo XIX.

Pero luego de la codificación, el derecho debe ser desarrollado por expertos formados académicamente, ya no para que el derecho llegue a ser algo distinto, sino por el contrario, para mantenerlo a buen resguardo de las influencias de la moral y de la superstición popular. Ahora el derecho debe ser estudiado en forma científica¹. Pero ¿es susceptible de un estudio científico un sistema normativo como el derecho? La respuesta depende de lo que entendamos por “derecho” y de eso se deriva que la pregunta de la teoría general del derecho se refiera fundamentalmente al concepto de derecho y no a lo que éste prescribe. Si logramos reducir el concepto del derecho a hechos empíricos entonces habremos dado con un camino para hacer ciencia jurídica. He ahí el origen del positivismo jurídico, es la necesidad de hacer ciencia lo que obliga a reducir un fenómeno normativo tan complejo como el derecho a una cuestión de hechos, y éste es el proyecto que iniciará Jeremy Bentham.

El positivismo se planteará como objetivo metodológico, desarrollar una teoría sobre el derecho referida exclusivamente a la facticidad del derecho, excluyendo cualquier intento evaluativo y por lo tanto, hará una separación tajante entre derecho y moral. El fundamento metafísico de esta maniobra está en la separación conceptual que existe entre el mundo del ser y el mundo del deber ser. Desde un punto de vista empírico solo en el mundo del ser se puede aspirar a un conocimiento objetivo, pues solo ese mundo está constituido por hechos. El deber ser es la expresión de sentimientos, compulsiones y deseos que no tienen valor cognitivo, por lo tanto el deber ser es subjetivo.

Ronald Dworkin cree, por el contrario, que la teoría general del derecho ha de contener una parte descriptiva y una parte evaluativa. Lo que está implícito en esta sugerencia es que de hecho, hay una relación conceptual entre derecho y moral que

hace imposible hacer un enunciado fáctico sobre el derecho que no tenga consecuencias evaluativas. Desde una perspectiva más general John Searle ha sostenido que es posible “pasar” del mundo del ser al del deber ser, paso que tiene la consecuencia de equilibrar las pretensiones cognitivas de los juicios descriptivos y evaluativos.

Algunos comentaristas no lo han entendido así. Por ejemplo Ruiz Tagle sostiene que “parece ser que lo que a él (a Dworkin) le interesa es que sus opiniones sean tomadas en cuenta por los tribunales norteamericanos (...) Esta es una clara diferencia entre los autores anteriormente analizados y Dworkin. En efecto, mientras aquellos tratan de elaborar una construcción sistemática del derecho dirigida a gente que cultiva el estudio del derecho como ciencia, éste realiza el mismo tipo de construcción sistemática, pero con el objetivo de orientar decisiones jurisprudenciales futuras, y así, tender al reconocimiento real de los que él llama “derecho a igual consideración y respeto”. Mientras que las teorías de Bentham/Austin, Kelsen y Hart presentan un marcado corte academicista, la de Dworkin es una filosofía claramente contingente.”²

Llama la atención la observación de Ruiz Tagle dada la conocida orientación contingente del propio Bentham. Dworkin tiene razón en señalar que Bentham desarrolló tanto una teoría descriptiva como una teoría normativa (el utilitarismo) y de hecho, el propio Ruiz Tagle cita una carta enviada por Bentham a O’Higgins en 1822 ofreciéndole

¹ Durante la modernidad, este fenómeno de la tecnificación del conocimiento del derecho es común a todas las disciplinas que tienen alguna relación con el poder. En cierta medida la idea de esta tesis de analizar la relación entre ciencia del derecho y política depende lejanamente de una idea de que sostiene Hannah Arendt y que luego desarrolla Jürgen Habermas. H. Arendt afirma que en la modernidad se produjo una inversión de los aspectos vitales de la acción humana. En la modernidad, el dominio técnico del mundo (*homo faver*) pasa a ocupar el lugar preferente entre las acciones del hombre, en desmedro de la vida pública (*vita activa*) que había sido lo prioritario durante la antigüedad clásica. Ver Arendt, Hannah: *La condición humana*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1993. A partir de esta idea J. Habermas señala en *Teoría y Praxis* que el concepto de la política durante la modernidad sufrió un cambio cualitativo: En la obra aristotélica la “política” es parte de la filosofía práctica pero dicha tradición termina definitivamente con el historicismo del siglo XX. Para Habermas “su cauce (de filosofía práctica) se seca cuanto más se desvía de la corriente vital filosófica a los canales de las ciencias particulares.” Las nuevas ciencias modernas y el derecho público van desviando a la política clásica, llevándola hacia el modelo de la política como una moderna ciencia experimental. El proceso empieza con Hobbes ocupado de “the matter, forme and power of commonwealth”. Este cambio cualitativo se refleja en tres elementos del concepto político clásico que hoy nos resultan extraños: 1) La política entendida como la doctrina de la vida buena y justa. Es decir como la continuación de la ética. Para los griegos, no cabía separar la ética de la política o la ley, el hombre, *zoon politikon*, solo puede acceder a la vida buena en la ciudad. En Kant, por el contrario, el comportamiento ético de un individuo está claramente diferenciado de su legalidad. 2) La antigua doctrina de la política se refería a la *praxis* en el sentido estricto. No tiene nada que ver con la *techné*, consistente en la fabricación de objetos. Para los clásicos la política se orienta hacia la formación del carácter, procediendo de manera pedagógica y no técnica. Para Hobbes los mayores adelantos se deben a la técnica, entre ella, a la técnica política de la organización correcta del Estado. 3) Aristóteles aclara que la política y la filosofía práctica en general no pueden compararse en su pretensión cognoscitiva con la ciencia estricta: la *episteme*, “pues su objeto, lo justo y excelente, carece, en el contexto de la praxis mudable y azarosa, tanto de la permanencia ontológica como de la necesidad lógica. La política se refiere a la *phronesis*, la prudencia. Hobbes quiere crear una política con miras a la esencia de la justicia, es decir con miras a los pactos y las leyes. Lo que se conoce es lo que se puede producir. Ver Jürgen Habermas: *Teoría y praxis*, Madrid, Editorial Tecnos, tercera edición, 1997

² Pablo Ruiz Tagle, *Revisión crítica del derecho*, Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1990, p. 222.

sus servicios “en carácter de redactor y compilador de un código de leyes.”³

Ruiz Tagle, que defiende una teoría marcadamente positivista, y por lo tanto resueltamente antievaluativa, señala que “es necesario rescatar el compromiso con el reformismo legal de Bentham (y así) despertar nuestros anquilosados estudios de derecho ese es el futuro camino del reformismo legal al que esperamos contribuir con estas líneas.”⁴

Creemos, junto con Dworkin, que la división tajante entre derecho y otros sistemas normativos no es tal, y el comentario de Ruiz Tagle nos parece revelador: en efecto, incluso la teoría legal positivista termina influyendo y queriendo influir en el derecho. Por lo tanto, la novedad de Dworkin no es que pretenda influir en nuestra concepción del derecho, sino que lo haga explícitamente.

Mientras el positivismo no se haga cargo de su propia influencia sobre el derecho se mantendrá en una posición ingenua. Dice a propósito Enrique Barros⁵ que “el mayor error de los juristas positivistas es su ingenuidad. Les pasó inadvertido que sus propias afirmaciones acerca del derecho no solo tenían una función teórica, sino también práctica. Aunque usaran un lenguaje descriptivo y neutral, sus tesis tuvieron ciertamente una función pragmática, en tanto influyeron en la manera de percibir el derecho. Ocurre que si para la gente llega a ser obvio que cualquier mandato del Estado es derecho, esa convicción tiene efectos en el comportamiento. Si un jurista logra convencer a los jueces y abogados de su teoría, no cabe duda que por ese solo hecho, ha introducido una modificación en el orden jurídico.”⁶

Para Dworkin, la teoría general del derecho actúa como prólogo mudo de las sentencias judiciales, y eso quiere decir que las teorías generales del derecho, tácitamente, terminan integrando el derecho mismo. Creemos que la recomendación que hace Dworkin, referida a que la teoría general del derecho incorpore también un aspecto evaluativo, es inevitable pues es un signo de los tiempos que el “prólogo mudo” deje de ser mudo. Se trata del descubrimiento del valor pragmático del lenguaje al que han contribuido filósofos como John L. Austin,⁷ Searle etc.

John Searle ha descrito el fenómeno al que se refiere Ruiz Tagle señalando que ha surgido una nueva subcultura universitaria.⁸ A su juicio lo que ha venido sucediendo en algunas facultades de humanidades incluidas las de derecho es que, frente al modelo de

³ Citado por Ruiz Tagle, Ob. Cit., p. 258

⁴ Ruiz Tagle, Ob Cit, p 259.

⁵ Enrique Barros, “Método científico y principios jurídicos del gobierno constitucional”, Santiago, *Estudios Públicos*, 2, marzo 1981

⁶ Barros, Ob. Cit., p 12

⁷ John L. Austin, *Palabras y acciones, como hacer cosas con palabras*, Buenos Aires, Paidós, 1971

⁸ John Searle, *La misión de la universidad: ¿Descubrimiento intelectual o transformación social?*, en <http://universum.otalca.cl/contenido/index-00/searle.pdf>

la “universidad tradicional” ha surgido el modelo de la “universidad postmoderna”. Para entender ese fenómeno hay que remitirse al origen medieval de las universidades.

Las universidades fueron creadas en base a ciertos supuestos metafísicos que recientemente han sido objeto de rechazo, especialmente los supuestos que se relacionan con conceptos como el de conocimiento empírico, la verdad, la objetividad etc. Algunos de esos supuestos universitarios se han relacionado, a su vez, con supuestos de la racionalidad occidental, por ejemplo: que la realidad existe independientemente de nuestras representaciones sobre ella, que el lenguaje es usado con frecuencia para representar rasgos de la realidad, que la verdad es una cuestión de agudeza en nuestra representación, que el conocimiento es objetivo y que la racionalidad y la lógica son asuntos formales. Searle subraya el hecho de que los partícipes de esta tradición están de tal modo insertos en ella que les es difícil articularla en un conjunto de proposiciones.

Para Searle, los debates críticos en torno a estos conceptos no son inocentes en relación con la educación universitaria, y en nuestro contexto podemos agregar, que no son inocentes en relación con una parte importante de lo que hace la teoría general del derecho “de marcado corte academicista”.

Al referirse a las consecuencias de este fenómeno Searle señala que “ha habido un giro dramático desde la concepción del departamento universitario como grupo de personas comprometidas en el estudio de un área común a la de un grupo de personas que promueve una causa política particular.”⁹ El rechazo de la tradición racionalista ha facilitado una redefinición de la actividad académica que ha sido descrito como “relativismo” pero que Searle prefiere llamar “subjetivismo políticamente comprometido”.

Más allá de las eventuales consecuencias relativistas que pueda tener la “universidad postmoderna” hay un hecho que debe ser destacado: que una forma privilegiada de conocimiento ha sido puesta en duda. Como esta es una tesis de derecho y no de epistemología no nos detendremos en los supuestos filosóficos que han colocado al conocimiento científico en esta situación más vulnerable¹⁰ cuestión que será tratada solo de modo indirecto.

Lo que sí nos importa es sostener que, si las críticas al modelo de conocimiento empírico en el que se sustenta el positivismo son pertinentes, debe haber síntomas problemáticos en los propios campos en que se ha privilegiado la perspectiva epistemológica¹¹. De este modo el camino que seguirá la argumentación de este trabajo nos conducirá por una relectura de la filosofía del derecho desde la perspectiva del valor práctico de la teoría jurídica. Creemos que el desarrollo del positivismo jurídico desde Bentham en adelante puede ser interpretado a partir de los síntomas referidos justamente

⁹ Searle, Ob. Cit., p 270

¹⁰ Para algunos comentarios referidos a los métodos privilegiados usados por los autores citados en esta tesis, fundamentalmente la distinción entre ser y deber ser y la supremacía metodológica del ser sobre el deber ser: ver el apéndice.

¹¹ Por perspectiva epistemológica nos referimos a aquella que asume que existe algún método que asegura un conocimiento objetivo y commensurable del objeto de estudio de la teoría general del derecho y que supone que dicho método excluye necesariamente la evaluación político-moral del observador (ver Apéndice n° 5.)

a la insuficiencia de ciertos paradigmas epistemológicos. Han sido esos síntomas los que han conducido a la propia teoría general del derecho a abrirse hacia lo que Searle ha llamado “la promoción de causas políticas particulares”. Importante es insistir en el hecho de que, más que la incorporación de una dimensión nueva en los estudios de derecho, lo que inició Dworkin fue un proceso de hacer explícito algo que siempre ha estado presente: un compromiso entre la teoría descriptiva y la práctica evaluativa – y con esto queremos decir: la moral y la política. Por cierto que Bentham, Austin, Hart y compañía creían en una distinción tajante entre los enunciados descriptivos y evaluativos. Sin embargo, si dicha distinción no era tal (y para saber que no era así había que esperar al desarrollo de la filosofía de los lenguajes corrientes) entonces, a pesar suyo, estos autores terminaron incluyendo tácitamente prescripciones en sus teorías descriptivas.

Desde ya es importante aclarar tres puntos que permitirán una mejor comprensión de esta tesis.

En primer lugar debemos advertir que debido a que la función que juega el juez en el Common Law es, desde luego más protagónica que la que juega en el derecho continental, la función de desarrollar una teoría general del derecho le corresponde a éste antes que al experto doctrinario ¿De qué otra forma se puede entender la descripción de la regla de reconocimiento que hace Hart, si no es como una especie de teoría general sobre el derecho? De modo que será la actividad del juez aquella que ocupara nuestra atención, pero solo en la medida en que es expresión de una inquietud teórica por el derecho.

En segundo lugar debemos señalar que el tema del valor pragmático de las teorías jurídicas, esto es, la influencia de la teoría descriptiva en la práctica, no será tocado directamente, sino por medio de una relectura de la discusión entre Hart y Dworkin respecto de la responsabilidad política de los jueces (expresada en el problema de la discreción judicial), la regla de reconocimiento y la teoría práctica de las reglas sociales.

En tercer lugar debemos señalar que la apertura de la dimensión descriptiva de la teoría general del derecho a la dimensión evaluativa se produce de dos modos distintos. En efecto, una cosa es que las teorías descriptivas del derecho tengan una función pragmática y por lo tanto una responsabilidad política y otra es que en su desarrollo el positivismo haya incursionado en metodologías que lo ha ido abriendo a argumentos donde la dimensión evaluativa cobra cada vez mayor importancia. Al primer punto lo podríamos denominar el problema de la responsabilidad política de la teoría general del derecho y es el problema que, con las advertencias recién indicadas, ocupa el lugar central de esta tesis. Al segundo punto lo podríamos llamar el camino de la epistemología a la hermenéutica¹². Dicho punto se expone fundamentalmente en el apéndice donde se sostiene que el paso de Bentham/Austin a Hart y luego de este a Dworkin es consistente con el paso de una epistemología de hechos brutos a una de hechos institucionales y

¹² Por perspectiva hermenéutica en la teoría general del derecho queremos designar aquella orientación que no solo se ocupa del problema del significado (cuestión de la que se ocupan algunos positivistas como Hart) sino que además se hace cargo de aquella función pragmática de la teoría en relación con la praxis del derecho a la que se refería E. Barros. Una orientación que, renunciando a la conmensurabilidad de la epistemología, se coloque a si misma en la función pragmática de la conversación (ver Apéndice n° 5)

luego de esta a la comprensión hermenéutica del derecho.

Recapitulando, podríamos sostener que el problema de la presente tesis es que si no hay una separación tajante entre descripción y evaluación, debemos determinar de qué manera se abre la ciencia del derecho (descriptiva) a la argumentación moral y política (evaluativa). Cuestión que se expresa, por un lado, en el problema de la responsabilidad política de los jueces (tal como lo ha venido sosteniendo el principal crítico de Hart, Ronald Dworkin) y por otro, en el reemplazo de la epistemología por la hermenéutica como método adecuado a esa responsabilidad.

Pero primero debemos aclarar a qué nos referimos con teoría general del derecho, con moral y con política.

2.

Se acostumbra atribuir al concepto ciencia del derecho al menos dos tipos de discursos distintos: a) la teoría general del derecho, que a su vez tiene dos versiones fundamentales, una de inspiración analítica cuya aspiración es “explicar el derecho presuponiendo su identidad específica como objeto de análisis, y procediendo a través de una clarificación de conceptos y categorías propios de los agentes del sistema jurídico”, y otra de inspiración sociológica y presupone la interrelación del sistema jurídico con el sistema social general y otros sistemas normativos¹³, y b) La doctrina jurídica, que tiene tantas variables como ramas del derecho existen y su objetivo es el análisis y reconstrucción del ordenamiento jurídico vigente, con el propósito práctico de anticipar la solución correcta de algún caso de relevancia jurídica.

Sin embargo, el título de esta tesis se ocupa del concepto de doctrina jurídica en una acepción más amplia, que comprende tanto a la teoría del derecho como a la doctrina jurídica propiamente tal. Dicha acepción es la que se encuentra en los diccionarios¹⁴ y responde a uso que se le da en el lenguaje corriente, aun cuando este trabajo se orienta más bien a lo que hemos llamado la teoría general del derecho de inspiración analítica.¹⁵

La teoría general del derecho ha centrado su atención en dos campos distintos, por un lado, el estudio de conceptos jurídicos y por otro, el estudio del sistema jurídico, paralelamente ha intentado determinar cuál es la diferencia entre el derecho como sistema normativo y otros sistemas normativos. Se trata de la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral.

Desde la perspectiva del positivismo, que se esfuerza por establecer el significado de los enunciados jurídicos¹⁶ para los sujetos que emplean un lenguaje normativo, se pueden distinguir: 1) una corriente que cree posible traducir los enunciados jurídicos a meros enunciados de hecho (vg. la probabilidad de sufrir un daño), donde las condiciones

¹³ Antonio Bascuñan R. “Observaciones sobre la ciencia del derecho”, *Revista de derecho y humanidades*, Universidad de Chile, 6 año 1998, p 16

¹⁴ vg. Diccionario de la Real Academia Española, vigésima edición 1984, Madrid “doctrina: enseñanza, ciencia o sabiduría, que se deduce de los fallos de las autoridades judiciales y administrativas.”

¹⁵ En adelante entiéndase por teoría general del derecho sin otro calificativo: teoría general del derecho de inspiración analítica.

de verdad de dichos enunciados agotan su significado, y 2) una corriente que niega que el significado de los enunciados jurídicos se agote al especificar sus condiciones de verdad. A las primeras se las ha llamado teorías reduccionistas¹⁷ o teorías cognitivas¹⁸ y a las segundas, no reduccionistas o no cognitivas.

Usando una metáfora común en los textos de derecho, se puede decir que aprender derecho es como aprender un idioma¹⁹. La parte del análisis de los conceptos jurídicos fundamentales corresponde a aprender el vocabulario de un idioma extranjero. Pero, como las palabras, los conceptos jurídicos están vinculados entre si de tal forma que se organizan en un sistema. El estudio de los sistemas jurídicos corresponde entonces al estudio de la gramática de un idioma extranjero. En la presente tesis lo que nos interesa es el estudio de los sistemas jurídicos.

Volviendo a la pregunta acerca de la relación entre la teoría general del derecho y la política, Joseph Raz sostiene que “desde un punto de vista analítico una teoría completa del sistema jurídico consiste en la solución a los siguientes cuatro problemas:

1) El problema de la existencia: ¿Cuáles son los criterios de existencia de un sistema jurídico? Distinguimos entre sistemas jurídicos existentes y aquellos que, o bien han dejado de existir (e.g. el sistema jurídico romano) o nunca existieron en lo absoluto (e.g. el derecho propuesto por Platón para un Estado ideal) (...) Uno de los objetivos de la teoría del sistema jurídico es proporcionar los criterios para determinar la verdad o falsedad de tales enunciados, a los cuales les llamamos los “criterios de existencia” de un sistema jurídico.

2) El problema de la identidad (y el problema relacionado de la membresía): ¿Cuáles son los criterios que determinan el sistema al cual pertenece una determinada disposición jurídica? Estos son los criterios de membresía y de ellos pueden derivarse los criterios de identidad, resolviendo la cuestión: ¿Qué disposiciones jurídicas forman un sistema jurídico dado?

3) El problema de la estructura: ¿Existe una estructura común a todos los sistemas jurídicos o a cierto tipo de sistemas jurídicos? ¿Hay algunos patrones de relaciones entre las disposiciones que pertenecen al mismo sistema jurídico las cuales aparezcan en todos los sistemas jurídicos o marquen la diferencia entre tipos importantes de sistemas?

4) El problema del contenido: ¿Hay algunas disposiciones jurídicas que en una forma

¹⁶ Joseph Raz sostiene que “un enunciado es un enunciado normativo (jurídico) si, y solo si, la existencia de una norma (jurídica) es una condición necesaria para su verdad.” Joseph Raz, *El concepto de sistema jurídico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986, P 71.

¹⁷ Redondo / Navarro: *Normas y razonamiento práctico. Una Crítica a Joseph Raz.* www.spencer.adv.br/universidades/redondo-navarro

¹⁸ Joseph Raz: “H.L.A. Hart”, *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Valparaíso, N°28, primer semestre 1986, paginas 17-31; Cristóbal Orrego, “hermenéutica y no cognitivismo ético en L.H.A. Hart y Joseph Raz”, *Seminarios de filosofía*, Pontificia Universidad Católica de Chile, N° 11, 1998

¹⁹ Pablo Ruiz Tagle, Ob. Cit., pagina 137.

u otra, aparezcan en todos los sistemas jurídicos o en tipos de sistemas? ¿Hay algún contenido común a todos los sistemas jurídicos o que determinen tipos importantes de sistemas?

Mientras toda teoría del sistema jurídico tiene que proponer una solución para los primeros dos problemas, puesto que los criterios de existencia e identidad son parte necesaria de cualquier definición adecuada de “sistema jurídico”, se puede dar una respuesta negativa a las dos últimas cuestiones.”²⁰

Esta sistematización permite acotar aún más el tema de este trabajo. En efecto, parece más o menos lógico que si existe alguna relación entre el trabajo de la teoría general del derecho y la actividad política, esta relación se debe manifestar en la respuesta a la pregunta por el contenido. Es decir: si tenemos ciertos compromisos ideológicos (morales, políticos) en relación con la sociedad y su organización, es probable que dichos compromisos se reflejen en exigencias de contenido al sistema jurídico.

Sin embargo, el camino del contenido de los sistemas jurídicos es en verdad engañoso. Si sostenemos posiciones iusnaturalistas extremas, por ejemplo negándole el carácter de derecho a las normas cuyo contenido resulta inmoral, en realidad el criterio de contenido se confundirá con el de existencia. Sostendremos que allí donde hay un conjunto de normas inicuas, no existe en verdad un sistema jurídico, y de paso habremos caído en la trampa de Raz: éste simplemente nos hará ver que no importando nuestra opinión, en verdad sí se trata de un sistema jurídico pues, de hecho, los partícipes en el sistema así lo asumen. Habremos caído en la trampa de la ontología del derecho.

Respecto del derecho se pueden sostener en general tres tipos de ontología: el realismo, el convencionalismo y el escepticismo. El iusnaturalismo generalmente se funda en la primera postura, el positivismo se funda en la segunda y el realismo jurídico²¹ sostiene la tercera postura.

Por una ontología realista debemos entender el postulado que sostiene que el derecho tiene una naturaleza de carácter objetivo más allá de nuestro conocimiento sobre él. De modo que la verdadera naturaleza del derecho puede ser descubierta mediante la razón o puede que no sea descubierta y sin embargo, dicha naturaleza seguirá siendo verdadera. De ahí que los reclamos de contenido deban justificarse con arreglo a concepciones normativas ideales. La debilidad del realismo ontológico en materia jurídica depende de que el derecho no es algo material como las piedras que responden a regularidades observables como la gravedad, o que dependen de alguna facultad del juicio inherente al entendimiento humano como la causalidad: el derecho es contingente y si tenemos dudas sobre ello basta comparar órdenes jurídicos distintos.

El escepticismo sostiene que no hay objetividad posible en materia de derecho. El derecho es simplemente lo que los jueces deciden que es, pues no hay forma alguna que permita determinar con objetividad cual es la aplicación correcta de una norma jurídica

²⁰ J. Raz, Ob. Cit. p. 18

²¹ Para evitar confusiones, Hart lo denomina “escepticismo ante las reglas” y Dworkin “nominalismo.”

debido a la indeterminación del lenguaje con la que se construyen las normas. El derecho es una actividad no cognitiva y por lo tanto solo podemos ser escépticos respecto de la ontología jurídica.

El positivismo plantea una solución intermedia entre ambas posturas: sostiene una ontología convencional del derecho. El derecho es lo que nos ponemos de acuerdo que sea. De modo que, frente al escepticismo, mantiene la objetividad de nuestro conocimiento acerca del fenómeno jurídico, la que depende del acceso a las convenciones identificables empíricamente. Por otra parte, frente al iusnaturalismo, evita la referencia a realidades metafísicas que no están al alcance de nuestras capacidades epistémicas. De este modo, el positivismo reconoce cierto grado de objetividad jurídica que justifica sostener que alguna persona ha emitido un juicio equivocado acerca del derecho, pero no permite decir que la colectividad pueda sostener un juicio equivocado acerca del derecho.

Desde una perspectiva convencional como la de Raz, cualquier reclamo ontológico acerca del contenido de los sistemas jurídicos podrá ser refutado por la constatación empírica de convenciones que no responden a esos reclamos.

Por eso el camino elegido por los críticos más importantes del positivismo, que como Dworkin, pretenden una apertura de la argumentación jurídica a otros órdenes normativos, no es necesariamente la objeción ontológica del realismo. En verdad que Dworkin es ambiguo en relación con su propia ontología jurídica, sin embargo, no lo es su crítica al convencionalismo positivista. Si tuviéramos que identificar el principal problema al que le presta atención, podemos decir que es el problema de la identidad y membresía de los sistemas jurídicos. El problema de la existencia de los sistemas jurídicos casi no se lo plantea, y los otros dos problemas; estructura y contenido, se presentan solo en función de la identidad.

El problema de la identidad y membresía del sistema jurídico no es un problema ontológico sino metodológico, se trata de los procedimientos que usamos para determinar el contenido del derecho y no el derecho mismo (donde es más importante la pregunta sobre lo que *prescribe* el derecho que la pregunta sobre lo que *es* el derecho). Esto tiene obvias relaciones con el positivismo pues éste mantiene ciertos compromisos metodológicos que, tal como ya hemos insinuado, justifican la separación entre el derecho por un lado y la moral y la política por el otro, compromisos que se expresan fundamentalmente en la tesis de las fuentes formales del derecho. Se trata de que, con el objeto de mantener una cierta pretensión científica de la teoría general, el positivismo ha optado por dar prioridad a los procedimientos que aseguren la objetividad en la obtención de datos. En ese sentido hemos caracterizado la actividad del positivismo como epistemológica en oposición a la orientación hermenéutica de autores como Dworkin, quienes no solo se reducen a resaltar la dimensión del significado (y eso significa que para la obtención de datos es necesaria la interpretación de determinados hechos), sino que nos han advertido acerca de la necesidad de recurrir a nuestra preconcepción de las cosas para que esa dimensión del significado cobre sentido. Si bien Hart reconoce que el fenómeno jurídico no se agota en los hechos empíricos, pues debemos penetrar el significado que esos hechos tienen para el agente, Hart mantiene la seguridad de que podemos acceder a la significación de esos hechos como observadores imparciales.

Dworkin, por el contrario, insistirá en la necesidad de reconocer que nuestro entendimiento del derecho depende de nuestro entendimiento previo, de nuestro contexto moral y político, de modo tal que un genuino intento de conocimiento objetivo del derecho, solo es posible en la medida en que explicitemos previamente nuestras expectativas morales y políticas. Por lo demás, despojarnos de los privilegios del tono objetivante es la única manera de poner a resguardo a nuestros interlocutores de las trampas de la retórica.

3.

En su devenir, el positivismo ha experimentado con epistemologías distintas que siempre han tenido como objetivo mantener la distinción entre el derecho y otros órdenes normativos y más en general entre ser y deber ser, dándole preferencia a la determinación del ser²². El capítulo 1 de esta tesis presenta el intento de Bentham y Austin de reducir el derecho a “hechos brutos” (el derecho se compone de órdenes del soberano respaldadas por amenazas de coacción) y las críticas que se les ha formulado al interior del positivismo, especialmente algunas críticas efectuadas por Raz y por Hart.

El capítulo 2 expone el modelo de positivismo del propio Hart, basado ya no en hecho brutos sino en “hechos institucionales”.²³ Al modelo de positivismo de Hart se le ha denominado positivismo blando o positivismo incluyente, pues reconoce la importancia de estándares morales en el derecho. Sin embargo, no deja de ser positivista pues para Hart la determinación del derecho sigue siendo una cuestión epistemológica. El avance metodológico de Hart está representado por la introducción de la perspectiva del análisis del lenguaje en el derecho expresada, fundamentalmente, en su teoría práctica de las reglas sociales y en problema de la textura abierta del derecho. Nos ocuparemos también de su tesis sobre la unión de las normas primarias y secundarias y de la regla de reconocimiento.

El capítulo 3 expone algunas objeciones de Dworkin al modelo de Hart, fundamentalmente la introducción de los principios al modelo de las reglas, y las críticas a la discrecionalidad judicial, a la teoría práctica de las reglas sociales y a la regla de reconocimiento. Se ha incluido una mención al modelo judicial de Dworkin pues expone un nuevo enfoque metodológico que podríamos calificar de hermenéutico y que implica una superación del modelo epistemológico del positivismo.

El capítulo 4 se encarga de atar algunos cabos sueltos en la discusión entre Hart y Dworkin exponiendo fundamentalmente la respuesta que el propio Hart efectuó en el postscriptum a la segunda edición inglesa de su libro *El concepto del derecho*.²⁴ A propósito de dicha respuesta hemos expuesto algunas críticas efectuadas por Marisa

²² Una notable excepción a esta regla es Kelsen, quien ha señalado que “la razón o fundamento de validez de una norma está siempre en otra norma, nunca en un hecho. La búsqueda del fundamento de validez de una norma *no nos conduce a la realidad*, sino a otra norma de la cual la primera procede.” El subrayado es nuestro. Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1969, p 130.

²³ Sobre la distinción entre hechos brutos e institucionales ver apéndice, sección 1

²⁴ H.L.A Hart, “Postscriptum”, *Revista de Estudios Públicos*, número 65 verano 1997, Santiago.

Iglesias²⁵, que están de algún modo implícitas en la obra de Dworkin²⁶, referidas al problema del seguimiento de reglas. Dichas críticas atacan fundamentalmente la relación entre el problema del seguimiento de reglas y el convencionalismo positivista. Este ataque apunta a un aspecto fundamental del positivismo de Hart: la relación entre la teoría práctica de las reglas y la regla de reconocimiento.

Hart, como ya hemos adelantado, se preocupó de la dimensión del significado de las normas jurídicas para el agente. Dicha preocupación se materializó en su teoría práctica de las reglas sociales. Sin embargo, Hart ha mantenido una posición positivista en la medida en que su concepto de la regla de reconocimiento no es más que una versión más sofisticada de la vieja doctrina de las fuentes formales del derecho, la que implica que la identificación del material jurídico depende de la convención expresa de una determinada comunidad política. La crítica que expondremos en el capítulo 4 y parte del capítulo 5 tratará de demostrar que existe una cierta incompatibilidad entre la teoría práctica de las reglas sociales y la tesis de las fuentes formales (y por lo tanto la regla de reconocimiento) que solo puede ser salvada con una teoría de orientación holística que abra la discusión jurídica a las dimensiones política y moral.

El capítulo 5 expone una vía alternativa al escepticismo y al realismo ontológico para hacer frente a las críticas al convencionalismo: se trata de la distinción entre el convencionalismo superficial y el convencionalismo profundo.²⁷ Dicha distinción nos permite reemplazar el modelo epistemológico del positivismo, expresado fundamentalmente en la tesis de las fuentes del derecho y de la regla de reconocimiento, por un modelo hermenéutico, con el objeto de mantener la pretensión del convencionalismo ontológico. Este modelo hermenéutico abrirá las puertas a consideraciones normativas extrajurídicas provenientes, especialmente de la tradición política. El modelo judicial de Dworkin ya nos habrá planteado la cuestión de la responsabilidad política de los jueces. El desarrollo más general del problema de la relación entre el derecho y la política se hará siguiendo a Jürgen Habermas. Es necesario desde ya aclarar que Habermas entiende por política una situación comunicativa entre personas colocadas en un plano de igualdad. Eso significa que para Habermas la política es un espacio de persuasión. La razón por la cual el método hermenéutico se abre preferentemente a la argumentación política y no a la argumentación moral, es que en una democracia plural existen concepciones de vida que se justifican en moralidades distintas y muchas veces antagónicas. El espacio político es un espacio de compromisos entre concepciones morales distintas, dispuestas a coordinar sus respectivos modelos de vida. El espacio político es por lo tanto un espacio de moralidad procedimental.²⁸

Por último, se incluye un apéndice en el que se desarrolla la tesis accesoria a la que ya se ha hecho referencia. Se exponen en él dos temas desarrollados por John Searle:²⁹

²⁵ Marisa Iglesias Vila, "Una crítica al positivismo hartiano: el problema del seguimiento de reglas", en *Análisis e Derecho*, 1998.

²⁶ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 1984

²⁷ Juan Carlos Bayón, *Derecho, convencionalismo y controversia*, en www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto451.htm-101k-

la distinción entre hechos brutos e institucionales y su crítica a la falacia naturalista.³⁰ Luego se hace una referencia al problema de la incorporación del método hermenéutico en las ciencias sociales desde la perspectiva de Habermas.³¹ Finalmente se incluye una pequeña referencia a la tesis de Rorty³² sobre los discursos normales y anormales y el reemplazo de la epistemología por la hermenéutica.

²⁸ Sobre esta concepción persuasiva de la política en oposición a la concepción de política como técnica de poder ver en Jürgen Habermas, *Teoría y praxis*, Madrid, Tecnos, tercera edición 1997 especialmente el capítulo 1. Para una idea acerca de la prioridad de la moral procedimental (la justicia) sobre la moral de contenido ver John Rawls, *La teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, segunda edición, 1995

²⁹ John Searle, *Actos de habla*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1990.

³⁰ La falacia naturalista plantea una distinción lógica tajante entre los enunciados referidos al "ser" y al "deber ser", señalando que no se pueden hacer inferencias descriptivas válidas a partir de premisas valorativas y viceversa.

³¹ Jürgen Habermas, *Conciencia moral y acción comunicativa* Barcelona, Ediciones península, 1996,

³² Richard Rorty, *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1989.

CAPITULO 1. LA CRÍTICA DE HART A LA TEORÍA DE BENTHAM / AUSTIN

Sobre el derecho se pueden hacer muchas preguntas pero hay dos que de un modo u otro se han vuelto cruciales: ¿Qué es el derecho? Y ¿Cómo debe ser el derecho? Jeremy Bentham intentó dar respuesta a ambas preguntas. El derecho es una orden del soberano amparada en la amenaza de coacción en caso de contravención y el derecho *debe* tender a garantizar la mayor felicidad al mayor número de personas. La primera respuesta da origen al positivismo jurídico que se caracteriza por describir el derecho (el orden jurídico) por medio de la referencia exclusiva a hechos. La respuesta a la segunda pregunta nos remite a la doctrina del utilitarismo que pretende sustituir sistemas morales basados en el bien o en la justicia por un sistema moral basado en la utilidad. Nosotros nos ocuparemos solo del positivismo.

El axioma medular del positivismo es que el derecho debe ser determinado (su existencia, su identidad, su contenido y su estructura) con referencia exclusiva a los hechos (y no a los valores), sin embargo con los años el positivismo ha cambiado. En parte ese cambio se debe a que nuestro concepto de “hechos” también ha cambiado. Una variedad de fenómenos heterogéneos pueden ser calificados como “hechos”: nuestra percepción de la luz gracias a los ojos, el gato que está sobre el cojín, fulano que fue condenado por cometer un crimen y las palabras que describen esos fenómenos son “hechos.” Entender el lenguaje con el que comunicamos estos hechos también es un hecho. Sin embargo, hay una categoría de hechos que han tenido un estatuto especial,

se trata de aquellos que solo se refieren a las cualidades físicas del mundo, pues el conocimiento de esos hechos fue durante largo tiempo el paradigma de las ciencias empíricas. Se trata de los hechos brutos.

Para Bentham “hacer ciencia” dependía de que la teoría general del derecho se basara en enunciados sobre propiedades físicas del mundo (hechos brutos). Hart por el contrario le da la categoría de hechos relevantes a cuestiones que no tienen que ver con las cualidades físicas del mundo sino con el significado que tienen dichas cualidades (hechos institucionales).

Expondremos un esquema de lo que Bentham consideraba la respuesta correcta a nuestra primera pregunta desde la perspectiva que hemos enunciado: que dicha respuesta depende de contar con hechos empíricos que la respalden. Este camino conduce hacia la constatación de la importancia fundamental de la eficacia de los sistemas jurídicos y en consecuencia (en este contexto nominalista) de la sanción como único medio que efectivamente asegura esa eficacia. El positivismo de Bentham/Austin es un exponente del modelo imperativo y atómico de sistema jurídico. Como principio metodológico, ese modelo recurre a la imagen de las órdenes amparadas por amenazas para caracterizar al derecho, pues con ello se lograba el objetivo de reducir la explicación sobre el derecho a la observación de hechos simples. En consecuencia, por un lado el derecho depende fundamentalmente de su eficacia (modelo imperativo) y por otro, es el agregado de normas jurídicas el que constituye al sistema jurídico y no es este el que le da el carácter jurídico a una norma determinada, como por ejemplo lo sostiene Kelsen (atomicismo).

Hart³³ propondrá un modelo que aclare la naturaleza normativa del derecho, es decir el hecho de que son las reglas y no las sanciones el asunto principal que se debe subrayar en el derecho. Las reglas y no las sanciones, pues en la medida en que el derecho sirve como institución social reguladora de la conducta humana, las sanciones solo aparecen cuando el derecho ha fracasado en su objetivo, cuando no ha cumplido su función reguladora.

Ese aspecto normativo de las reglas está relacionado con que el derecho es una institución social modelada por el lenguaje. Por un lenguaje cargado de connotaciones normativas. Para hacer un análisis que le preste atención a la función normativa del lenguaje en que se sostiene el derecho es necesario reemplazar la pregunta por los hechos a los que se reduce el derecho y concentrarse en qué *significan* esos hechos para las personas. En ese sentido se ha sostenido que Hart ha dado un nuevo enfoque a los estudios del derecho, un enfoque hermenéutico.³⁴

En verdad que, por una parte no creemos que haya que llegar tan rápido y tan lejos como MacCormick, y por otra, hay que señalar que el camino seguido por Hart no se reduce a eso.

³³ H.L.A. Hart, *El concepto del derecho*, segunda edición, 1977, Abelardo Perrot, Buenos Aires.

³⁴ Neil MacCormick, *Reglas sociales*, Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas Económicas y Sociales; Valparaíso N° 28, Primer Semestre 1986.

Lo que hará Hart es criticar el modelo simple del derecho de Bentham y Austin, concentrándose en el análisis del concepto de regla social. Dicho análisis se ha conocido como la teoría práctica de las reglas e informa sobre la insuficiencia de los hechos brutos para entender qué sucede cuando se sigue una regla. La regla además de describir una conducta que puede ser apreciada externamente contiene un aspecto interno que se refiere a su aceptación por parte de las personas. Con la descripción de este aspecto interno de las reglas se opondrá también al escepticismo ante las reglas que pretende reducir el derecho a predicciones de lo que harán los tribunales.

Hart presentará un modelo de reemplazo al modelo positivista simple, que parte de un argumento hipotético de corte histórico. En realidad, dirá Hart, el paso de una sociedad prejurídica a una jurídica, no tiene nada que ver con órdenes y amenazas, sino con la aparición de un tipo de reglas distinto a las normas sociales consuetudinarias que imponen obligaciones a las que llama normas primarias. Las nuevas normas, las normas secundarias deberán solucionar ciertos problemas que el modelo prejurídico contenía. Estas normas secundarias son las reglas de cambio, adjudicación y reconocimiento.

Por otra parte habrá que enfrentar otro asunto referido a las reglas. Es el hecho de que las normas contienen una “textura abierta”, es decir, que existe cierta indeterminación inevitable en todas las reglas que se explica por la indeterminación del lenguaje con el que se expresan las reglas. Los conflictos que no han quedado claramente determinados por el derecho deben ser resueltos por los jueces recurriendo a la discrecionalidad. Pero para todo esto debemos esperar al capítulo 2.

1.1 EL MODELO DE BENTHAM Y AUSTIN

Desde un punto de vista nominalista la política se reduce a su expresión más concreta, el poder, y el derecho queda reducido a una prescripción de ese poder. Desde una perspectiva empírica ese poder y esa prescripción deben personificarse en “alguien”. Bentham encuentra la encarnación del poder en el soberano de manera que el derecho se transforma en una manifestación de la voluntad del soberano. Para poder afirmar la existencia de un sistema jurídico independiente basta constatar la existencia de un soberano. La cuestión es ¿Quién es soberano? Austin señala en *The province of jurisprudence* que “Si un determinado superior humano, que no se encuentra en hábito de obediencia hacia otro superior semejante, recibe obediencia habitual del grueso de una sociedad dada, tal superior determinado es el soberano en esa sociedad y la sociedad (incluyendo al superior) es una sociedad política independiente”³⁵

Por su parte Bentham señala que la soberanía existe “cuando se supone que un número de personas (a los que podemos denominar súbditos) se encuentran en hábito de prestar obediencia a una persona o grupo de personas, de conocida y cierta descripción (los cuales podemos llamar gobernante o gobernantes), tales personas en su conjunto (súbditos y gobernantes), se dice, se encuentran en estado de comunidad

³⁵ Citado por Joseph Raz, ob. cit, pag 25.

política”³⁶

Las diferencias entre las definiciones de soberanía de Austin y Bentham son las siguientes:

Para Bentham lo que define estar en un estado de sociedad política es solo una condición positiva: el hábito de obediencia de la población. Mientras que Austin agrega una condición negativa: que el superior no está en hábito de obedecer a nadie.

El soberano de Austin tiene cuatro atributos: a) No subordinado: Su poder legislativo no ha sido conferido por una disposición jurídica y no puede ser revocado jurídicamente; b) Ilimitado: Puede legislar cualquier disposición jurídica y no puede ser sometido a deberes jurídicos en el ejercicio de su poder legislativo; c) Único: Para todo sistema hay uno y solo un poder legislativo no subordinado e ilimitado, y d) Unitario: Ese poder se encuentra en manos de una persona o grupo de personas.

A diferencia de Austin, Bentham no suscribió la tesis de la unitariedad e ilimitabilidad de la soberanía. En efecto señala que “no puede atribuirse ningún límite a la autoridad del cuerpo soberano, salvo que este limitado por convención expresa”³⁷ Esto tiene importancia en la medida en que, como veremos más adelante, una de las críticas que hace Hart al modelo simple de positivismo es justamente la referida a la ilimitabilidad de la soberanía. En relación con el rechazo a la tesis de la unitariedad de la soberanía, Raz subraya que, en consecuencia, en Bentham no es posible establecer un criterio de identidad de las normas jurídicas, pues en el modelo imperativo la identidad depende de que las normas puedan ser atribuidas al soberano. Pero si el soberano es divisible, entonces remontando en el origen de las normas podemos encontrar varios legisladores distintos.

De acuerdo con las definiciones de soberanía que acabamos de ver existe derecho donde existe un soberano y soberano es aquel respecto del cual existe un hábito de obediencia en una comunidad política independiente. Esta tesis imperativa del derecho tiene como precursor a Hobbes quien señala que “...la ley en general no es consejo, sino orden; y no orden de un hombre a otro, sino sólo de aquel cuya orden se dirige a quien anteriormente está obligado a obedecerle.”³⁸ Sin embargo, hay una diferencia entre el concepto de Hobbes y el de Bentham / Austin, se trata de que para Hobbes lo que distingue al mandato es una característica del receptor. Es el hecho de que el destinatario del mandato (el súbdito) tiene una obligación de obedecer dicho mandato, obligación que emana de la ley de la razón. En cambio Bentham y Austin simplemente se remiten al hecho del hábito de obediencia. Es por esta razón que tenemos que reconocer el origen del positivismo en Bentham y no en Hobbes.

Como ya hemos adelantado el modelo positivista que examinamos ha sido caracterizado por su atomicismo, esto significa que es la norma jurídica y no el sistema

³⁶ Bentham en *A fragment on government*, citado por Raz Ob. Cit., p. 25.

³⁷ Citado por Ruiz Tagle Ob. Cit. P 145

³⁸ Thomas Hobbes, *El Leviatán*, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1982.

jurídico el aspecto principal de la teoría. Pero ¿qué es una norma jurídica? Para Austin una norma jurídica es un mandato general del soberano dirigido a los súbditos, amparado en una amenaza de coacción en caso de contravención. Se trata entonces de una orden, pero no de una orden cualquiera sino de una orden generalmente eficaz pues el soberano es quien recibe habitualmente obediencia por parte de los destinatarios de sus mandatos.

De esta definición se pueden extraer tres principios del concepto de derecho de Bentham y Austin: El principio de eficacia, de origen y de independencia.

a) Por principio de eficacia debemos entender que el derecho solo existe si es eficaz. Ello porque el derecho (la norma jurídica) es una orden del soberano, y el soberano es quien es habitualmente obedecido.

En relación con la eficacia del derecho Raz distingue el hecho del hábito de obediencia, que es una condición general y común a todas las normas emanadas del soberano, y el hecho de la superioridad del soberano, que es una cuestión relativa a cada una de las normas por separado. Si Rex es soberano, lo es porque es habitualmente obedecido, pero de ello no se sigue que sea siempre obedecido. En efecto alguien puede violar la voluntad de Rex. Para que eso no suceda, el soberano, junto con manifestar su voluntad en relación con la conducta debida, amenaza a quienes pretendan violar su voluntad con un castigo. Para que ese castigo sea efectivo el soberano debe ser “superior” a cada uno de los súbditos obligados por las normas jurídicas. Ser superior significa ser capaz de llevar a cabo el castigo prometido, pero como sabemos, muchas veces sucede que quien ha violado la norma se zafa de la sanción. En estos casos puntuales el soberano (quien recibe habitualmente obediencia) no ha sido superior al delincuente.

Austin no repara en la diferencia entre la superioridad del soberano y el hábito de obediencia, de ello surge su inclinación a suponer que es la sanción la característica más relevante del derecho.

Un segundo aspecto que debe ser considerado en relación con el principio de eficacia es el problema de la validez jurídica. Sostenemos que una norma es válida cuando ha sido dictada conforme a otra norma que a su vez es válida. La cadena de validez debe terminar en alguna parte, pero generalmente los teóricos del derecho colocan al final de dicha cadena a una norma: la norma hipotético-fundamental de Kelsen o la regla de reconocimiento de Hart son dos ejemplos típicos. Como consecuencia de la supremacía del principio de eficacia, en el caso del modelo simple de positivismo, la validez se disuelve en la eficacia, de modo que el soberano es libre de dictar las normas jurídicas que quiera en la medida en que sea obedecido.

b) El principio de origen se refiere al problema de la identidad de las normas jurídicas. Una teoría jurídica se basa en el principio de origen cuando la calificación de una norma (si es o no jurídica) depende de que el origen de dicha norma pueda ser remontado a la voluntad del soberano. Algo adelantamos respecto de la diferencia en este punto entre Bentham y Austin de modo que en relación a este punto debemos remitirnos fundamentalmente a la obra de Austin y no a la de Bentham. Supongamos que el soberano Rex ha dictado muchas órdenes en su vida de modo que un día se aburre de

tener que decidirlo todo (incluido el almuerzo) y simplemente dice “¡obedécele!”. Desde ese momento alguien (un delegado del soberano) a sido instituido legislador subordinado.

Este delegado se distingue del soberano en que puede dictar normas jurídicas gracias a un poder jurídico. De eso se sigue que, a diferencia del soberano, su facultad legislativa es jurídica y limitada. Austin señala que “para saber qué poderes legislativos tiene un subordinado, uno busca las disposiciones jurídicas que le confieren derechos. Para establecer la existencia o cualquier cosa de un poder soberano uno busca hechos sociales...”³⁹

El soberano no tiene una facultad jurídica porque se le obedece por la fuerza de los hechos. Por la misma razón, Austin sostiene que, dado que el soberano no tiene un derecho para legislar, no puede ser limitado en sus facultades legislativas. El modelo de la legislación delegada sirve al propósito de responder dos cuestiones prácticas: ¿Cuál es el estatuto jurídico de la costumbre? Y ¿Cuál es el estatuto jurídico de las normas dictadas por legisladores anteriores? Mediante el modelo de la legislación delegada Austin no indica que la costumbre no es derecho mientras no sea sancionada por los tribunales quienes actúan como delegados del soberano. De modo que si sancionan la costumbre el soberano está legislando tácitamente. Lo mismo corre para la legislación dictada por legisladores anteriores. Dado que ahora gobierna Rex, dichos legisladores no pueden recibir obediencia habitual, de modo que su voluntad no es derecho a menos que el soberano actual así lo decida (aun que sea tácitamente). Sobre este punto volveremos.

c) El principio de independencia se refiere al hecho de que para Austin no existen relaciones internas necesarias entre diversas normas en un sistema jurídico (Hart por el contrario señala que el derecho es la unión de normas primarias y secundarias). Como cada norma es una orden, cada norma se basta a sí misma, es independiente. Raz señala que, al menos existen dos tipos de relación interna necesaria, incluso en el modelo del positivismo simple. Debe haber relaciones genéticas y relaciones punitivas. Por relaciones genéticas entiende aquella que existe entre una disposición de obediencia (que es la que habilita jurídicamente al legislador delegado) y las normas dictadas por el legislador delegado. Por relación punitiva se refiere a la relación que existe entre una norma jurídica cualquiera y aquella que establece la sanción en caso de contravención a la primera. Sobre esto no nos detendremos por que se refiere al problema de la estructura del sistema jurídico cuestión que está fuera del alcance de esta tesis.⁴⁰

1.2 LA RECONSTRUCCIÓN QUE HACE HART DEL MODELO SIMPLE DE POSITIVISMO

Hart no expone el modelo de Austin sino que lo reconstruye. Para eso parte por el

³⁹ Raz, ob. Cit, pag 50.

⁴⁰ Sobre la estructura de los sistemas jurídicos ver Joseph Raz, *El concepto de sistema jurídico*.

análisis del concepto de orden coercitiva (*commands*) y sostiene que en el contexto normal dicha palabra está cargada por la connotación jurídica de autoridad. Sin embargo el uso que le da Austin está al margen de esa connotación. La orden respaldada por una amenaza debe ser interpretada en el mismo sentido en que el ladrón ordena al cajero entregar el dinero bajo la amenaza de dispararle.

Este modelo simple de orden respaldada por una amenaza debe ser modificado para aplicarse al soberano. El soberano puede ser, en efecto, un asaltante que da órdenes coercitivas, pero sus órdenes se diferencian de las del ladrón en que son generales. Veamos un ejemplo: si alguien dice “¡apaga la luz!”, dicha orden se refiere a esta acción y a la persona que este ahí. Las normas, por el contrario, son más generales en dos sentidos. Se pretende que se apliquen a una clase de conductas y a una clase de personas. La orden de nuestro ejemplo “¡apaga la luz!” debe transformarse en la orden “¡cualquiera que entre al baño, cuando salga debe apagar la luz!”.

Un aspecto engañoso del modelo simple es el hecho de que las órdenes se “dirigen” a alguien, es decir suponen una comunicación directa. Cuando se dictan disposiciones jurídicas, no es necesario que se haga por medio de una comunicación directa a los obligados por la orden. En el ejemplo no es necesario que el soberano de la casa cite a todos los eventuales obligados y les de la segunda orden señalada más arriba. Basta con que escriba la orden en un lugar visible. De otra manera se confunden dos cosas distintas: emitir una orden y comunicarla.

Un segundo cambio que hace Hart al modelo simple del asaltante es que se pretende que la orden del soberano no se extinga en su cumplimiento. Cuando el ladrón dice “¡entregueme en dinero!” la orden se extingue cuando lo recibe. Cuando el asaltante soberano dice entréguenme el dinero, espera que no se le entregue una vez, sino de manera regular. El soberano doméstico de nuestro ejemplo no espera que cada persona que apague la luz por primera vez de por cumplida su obligación, sino que supone que su orden se cumplirá de aquí en adelante.

Este punto, que expuesto así resulta aparentemente pedestre, es uno de los más importantes y que más problemas producirá al modelo simple del positivismo. Se trata, en efecto, de que no sirva que se obedezca aquí y ahora sino de que exista un hábito general de obediencia.

Por esa razón, el modelo simple de norma jurídica como equivalente a la orden del asaltante queda transformado en el concepto de órdenes generales respaldadas por amenazas dadas por alguien generalmente obedecido. Dichas amenazas deben ser probablemente efectivas en los supuestos de desobediencia. Este modelo se parece bastante a la idea del derecho penal.

Pero aún es insuficiente. En efecto el soberano debe ser supremo en un determinado territorio e independiente respecto de las órdenes de otros. Esto es lo que se señalaba sobre la ilimitabilidad e independencia de la soberanía.

Del hecho de que el soberano sea superior depende de que exista un solo sistema jurídico y no varios, dado que normalmente existen muchos órganos subordinados con facultades legislativas. El soberano no debe recibir habitualmente órdenes de otros soberanos extranjeros pues de lo contrario la comunidad política donde gobierna deja de

ser independiente.

1.2.1 Las críticas de Hart referidas al contenido, origen y ámbito de aplicación de las normas

Hart señala que el modelo recién presentado choca con la gran variedad de normas jurídicas que no concuerdan con el modelo de la orden respaldada por amenaza. Señala que si bien es cierto que las normas jurídicas de alguna manera limitan la conducta de las personas, eso no es lo único que hacen. Las normas referidas a los contratos, las herencias, los matrimonios, las normas que establecen las facultades legislativas y las competencias judiciales difícilmente son explicables como órdenes coercitivos. En otras palabras, el contenido de las normas excede el modelo simple que solo tiene cierta capacidad explicativa respecto del derecho penal y de la responsabilidad civil por daños.

Este contenido facultativo de las normas es explicado, por los partidarios del modelo imperativo, señalando que lo que hacen las normas facultativas es servir para crear reglas que imponen obligaciones. Hart expone y critica dos intentos distintos de salvar la objeción del contenido de las normas facultativas.

En primer lugar se puede extender el concepto de sanción haciendo que la nulidad sea considerada una sanción. Hart descarta dicha explicación pues de hecho la nulidad difícilmente encaja en el concepto de una sanción. Por ejemplo, una parte “sancionada” por la nulidad, como un menor de edad que ha celebrado un contrato, puede resultar favorecida por la sanción. Las normas penales suponen un acto que resulta reprochable y una sanción: Hart sostiene que se podría eliminar la sanción y aun así quedar vigente una norma (no jurídica) que prohíba dicho acto. En el caso de la nulidad y los actos que “sanciona”, dicha separación no es posible. La nulidad es parte de la especificación del acto mismo, no hay una separación lógica entre en acto y la nulidad. En un partido de fútbol, si la pelota no entra en el arco, porque se encuentra en la mitad de la cancha, no se dice que hay un gol “nulo”. Simplemente no hay gol. Eso se debe a que la nulidad no es necesariamente una sanción sino que establece los límites de un acto válido.

En segundo lugar, está el intento de señalar que las normas que confieren facultades no son normas completas, solo son una parte de una norma. Esta concepción implica sí, un cambio en la idea del derecho como orden respaldada por una amenaza, por la idea del derecho como órdenes dirigidas a los funcionarios para que apliquen sanciones en determinadas condiciones. Así por ejemplo, en nuestro caso doméstico, el soberano doméstico puede haber facultado a alguno de los habitantes de la casa a estipular compromisos obligatorios con el objeto de ahorrar dinero. La norma dictada por el soberano, a pesar de su redacción “se faculta a X a tomar medidas de racionamiento”, debe ser reformulada señalando que “el funcionario encargado deberá aplicar la sanción establecida cuando se de la condición A”, siendo A equivalente a “si se entre al baño y no se apaga la luz al salir”.

Aquí Hart recurre al argumento de que el derecho tiene una función normativa que se oscurece cuando lo único relevante es la coacción. Esta función normativa se cumple cuando las normas jurídicas tienen como destinatarios a las personas y no solo a los

funcionarios, y cuando sirven como una pauta de conducta que debe ser respetada. De lo contrario, se produce la confusión entre instituciones jurídicas como las multas, que tienen una naturaleza coactiva, e instituciones jurídicas como los impuestos, que no la tienen. Si bien pagar impuestos puede ser una carga y un mal, la versión imperativa oscurece la distinción entre las sanciones, que se aplican como reacción crítica y otras cargas que no suponen un ilícito.

En el caso del derecho público esta crítica es más aguda todavía. Dada la tesis de Hart de que el derecho es la unión de reglas primarias y secundarias, suponer que las reglas secundarias no solo no son importantes sino que en realidad no son reglas implica desconocer la importancia fundamental que éstas han tenido en el desarrollo del derecho. Se trata de "... un avance tan importante para la sociedad como la invención de la rueda".⁴¹ De hecho, el argumento es todavía una petición de principios pues Hart no ha demostrado que el derecho sea una unión de reglas primarias y secundarias y que de tal hecho debamos concluir la primacía de un modelo normativo sobre un modelo imperativo de derecho. Sin embargo, un análisis más detallado del modelo simple demostrará la necesidad de sus conclusiones.

Además del problema del contenido de las normas Hart subraya la importancia de otro traspié del modelo simple. Se trata del problema del ámbito de aplicación de las normas. Las órdenes se hacen normalmente a otros. Quien dice "¡apaga la luz!" lo está diciendo para que otro haga lo que se le ordena. Sin embargo, cuando esa persona dice "cualquiera que entre al baño, cuando salga debe apagar la luz" es legítimo suponer que la regla también le resulta aplicable. Para entender esto, es decir, la fuerza auto obligativa de una norma el modelo de las órdenes no sirve tanto como el modelo de las promesas. El argumento fáctico es que muchas veces las normas dictadas por el legislador también le son aplicables a él. Para entender eso es mejor recurrir al modelo de las promesas y supone que quien legisla introduce pautas de conducta que deben ser seguidas por la sociedad, legislador incluido. El legislador no queda fuera del alcance de esas pautas como en el modelo de las órdenes, más bien hace uso de potestades conferidas por reglas, y como el que promete, cae dentro del ámbito de las pautas que legisla.

Por último Hart advierte que hasta ahora se ha basado en la ley como modelo de norma jurídica. Dicho modelo sirve más a la analogía con las órdenes pues de hecho se trata de un acto deliberado de origen cierto. En cambio hay normas jurídicas donde no existe dicho acto deliberado. Por ejemplo, la costumbre. En la posición que defiende el modelo simple se sostiene que la costumbre no es norma jurídica sino hasta que es sancionada por los tribunales. Se trata de la doctrina del reconocimiento jurídico.

En ese modelo el derecho es la orden del soberano o de un subordinado del soberano que legisla en su nombre. Se trata de la legislación delegada. La teoría agrega un nuevo elemento. A veces el subordinado puede dictar órdenes sin que el soberano lo sepa. En ese caso no se renuncia a la tesis de que la fuente del derecho sea la voluntad del soberano, sino que se sostiene que esa voluntad puede ejercerse tácitamente. El buen padre de familia decide que es hora de ahorrar en gastos domésticos y faculta a algún miembro familiar a dictar las órdenes conducentes a mejorar la economía

⁴¹ Hart, ob. Cit, pag 53.

doméstica. Dicho miembro decide entonces ordenar que se apague la luz cuando no se ocupe. Sus órdenes pueden ser revocadas por el buen padre de familia, sin embargo éste no dice nada. En el modelo simple está ordenando tácitamente.

El modelo simple nos invita a suponer que las normas consuetudinarias no son jurídicas mientras no sean aplicadas por los tribunales. Cuando el tribunal aplica dichas reglas entonces el soberano ha hablado tácitamente.

Hart desarrolla dos críticas. Primero, recuerda que no es cierto que mientras no sean usadas para la solución de conflictos entonces las reglas de la costumbre no son derecho. Para Hart una afirmación así es meramente dogmática.

Hart se pregunta por qué habríamos de otorgar el estatus de derecho a las leyes aun cuando no se han aplicado y no a la costumbre.

Una segunda crítica a la teoría que le otorga estatus jurídico a la costumbre cuando es ordenado así tácitamente por el soberano es que del hecho de no interferir no se puede deducir que esté consintiendo. Esto por una razón muy simple. La mayoría de las veces es improbable que el soberano se entere que se ha aplicado la costumbre. Así, el hecho de que pudiendo derogar la costumbre que se ha aplicado no lo haga, no nos lleva a la conclusión de que el soberano ha consentido de alguna manera.

1.2.2 La crítica al concepto de soberano

Hart ocupa el capítulo cuarto de su libro *El concepto del derecho* para examinar el concepto del soberano. Dado que el punto de vista privilegiado en el análisis del derecho que pretende el modelo simple depende de que exista de hecho en toda sociedad donde hay derecho un soberano, entonces, en toda sociedad, abstrayendo el modelo político que tenga, hallaremos esta relación entre súbditos que prestan obediencia habitual y un soberano que no obedece habitualmente a nadie.

Hart examina en primer lugar el concepto de hábito de obediencia. Su intención es demostrar que dicho concepto no explica ni la continuidad del legislador ni la persistencia de las normas jurídicas. Luego se refiere al requisito de que el soberano debe ser jurídicamente ilimitado e ilimitable. De dicha característica depende, para el modelo simple, el fundamento de la unidad e independencia del sistema jurídico.

Para el propósito de analizar el concepto de hábito de obediencia Hart propone un modelo de sociedad hipotético. Se trata de la sociedad gobernada por un soberano absoluto llamado Rex. Él gobierna su país mediante órdenes respaldadas por amenazas. La población obedece a Rex hace mucho tiempo y eso implica cumplir obligaciones que resultan onerosas para la población. Se cumple las órdenes de Rex porque éste lo ordena. Si alguien incumple una obligación no hay reproche de parte de sus conciudadanos pues no hay un sentido de obligación, cada cual tiene una relación personal de obediencia, eso significa que no es necesario tener una opinión respecto de su propia conducta o de la del resto.⁴² Esto implica que tienen un hábito simplemente convergente de obedecer a Rex. Esta comunidad presenta una unidad que permite

⁴² No hay, como dice Habermas conciencia moral convencional. Ver Capítulo 5.2.

llamarla un Estado, unidad que se debe a que todos obedecen a Rex y éste no obedece a nadie más.

Como ninguna historia es interesante si no hay drama, Hart decide matar a Rex después de un feliz y largo reinado. Rex deja un hijo, Rex II que empieza a gobernar ahora. El problema para Rex II empieza desde luego, pues si hay un hábito de obedecer a Rex, de eso no se sigue que se deba obedecer a Rex II. Se trata de algo parecido a tener un perro bravo: si no muerde al amo, de eso no se sigue que no muerda al resto.

Si Rex II dicta una orden, digamos la primera orden, se puede decir que respecto de él no hay hábito de obediencia, y por lo tanto su orden no puede ser jurídica. Solo después de un tiempo de obediencia general se puede decir que se ha instaurado un hábito. Por lo tanto las primeras órdenes de un soberano nunca serán jurídicas.

Los sistemas jurídicos intentan evitar estas situaciones de vacío, asegurando la continuidad del poder de creación jurídica en la transición de un soberano a otro, por medio de reglas de sucesión que se dictan por adelantado. En el caso de las democracias esto es aún más obvio. Pero en el caso de la monarquía absoluta de Rex si se han dictado reglas de sucesión entonces hay que admitir que Rex II tiene un título jurídico para suceder a su padre. Así se podrá decir que el hijo tiene un derecho a dictar normas jurídicas al comienzo de su reinado.

Ahora surge un nuevo problema para el modelo simple: cuando usamos conceptos como “derecho a suceder”, “regla de sucesión”, “título”, etc., hemos usado conceptos que no pueden ser incluidos en el modelo simple, pues en ese modelo no había “derechos”, “reglas” o “títulos”, solo había órdenes de Rex que, recordemos, era habitualmente obedecido.

El concepto de hábito de obediencia ha fracasado pues no es capaz de explicar los derechos de sucesión o los derechos a dictar nuevas órdenes, ni hacer posible que las órdenes del nuevo soberano sean obedecidas.

Para explicar la sucesión se tiene que haber dado una práctica más compleja que el simple hábito de obedecer órdenes, se tiene que haber aceptado la regla que permite decir que el sucesor tiene derecho a suceder.

Hart introduce en este contexto su famosa teoría práctica de las reglas sociales que trataremos más adelante. Por de pronto se puede adelantar que, a diferencia de los meros hábitos, las reglas presuponen un aspecto interno, dicho aspecto interno implica que hay una actitud de aceptación de la regla de modo que la regla sirve como pauta para la conducta propia y ajena. Por eso la desviación de la conducta en el caso de los simples hábitos no presupone una reacción crítica por parte de la comunidad, en el caso de las reglas, la desviación de la conducta prescrita supone que habrá una reacción crítica y que dicha reacción será legítima por la existencia de la regla.⁴³

Ahora supone que el grupo no solo tiene reglas como la de quitarse el sombrero antes de entrar a la iglesia sino que puede tener reglas que provean las pautas de conducta por medio de la referencia a determinadas palabras expresadas oralmente o por escrito. Así, por ejemplo podría existir la regla de que “todo lo que Rex especifique, en

⁴³ Ver Capítulo 2, Sección 1.

determinadas circunstancias, es obligatorio”. Con eso ha cambiado la situación de Rex. En efecto de una situación de hecho, el hábito de obediencia, hemos entrado en una situación jurídica. Rex estará habilitado, tendrá un derecho, para señalar obligaciones. Es decir tendrá una autoridad para legislar.

Pero hay una consecuencia importante en este cambio. Desde que Rex está habilitado para crear determinadas obligaciones por una regla y no por un hábito de obediencia, entonces es posible que Rex también entre en el ámbito de las obligaciones que imponga.

En el caso de la sucesión de Rex la regla puede establecer que se obedecerá a las personas que tengan determinadas cualidades, por ejemplo ser el hijo mayor de una determinada familia. A Rex se le obedece porque cumple con esas cualidades, pero está implícito en la regla que cuando Rex ya no esté entre nosotros, entonces otra persona que comparta esas cualidades podrá ocupar el puesto de legislador supremo que tenía Rex. Así, la misma regla que habilita a Rex I a gobernar justifica el enunciado jurídico de que Rex II tendrá derecho a legislar y el enunciado fáctico de que es probable que sea obedecido habitualmente.

Hay un problema al que Hart le dará cierta importancia. Se trata de que en una sociedad moderna es posible que la regla simple de sucesión que describimos para Rex I ya no sea aplicable. De hecho en las sociedades modernas las reglas de sucesión de las autoridades legislativas son enormemente complejas, y normalmente están descritas en el derecho constitucional. Entonces el concepto de aceptación de la regla que se usó para la dinastía de Rex ya no tiene mucha plausibilidad pues difícilmente se puede sostener que el conjunto de la sociedad conozca, y por lo tanto, pueda aceptar las reglas constitucionales aplicables al cambio en las personas que ocupan los puestos en los poderes superiores. Hart entonces se ve en la necesidad de sostener que quienes conocen esas reglas son los funcionarios y los expertos, es decir los jueces y abogados.

Según Hart, lo que aclara el modelo simple es un aspecto pasivo del sistema jurídico, la obediencia, pero para hacerlo oscurece un aspecto activo que se advierte principalmente en los actos de creación, reconocimiento y aplicación del derecho realizado por esos funcionarios y expertos. Podemos preguntarnos ¿en qué medida Hart ha reemplazado al soberano de Austin como criterio último de identificación de los sistemas jurídicos por una casta de funcionarios?

1.2.3 La persistencia del derecho.

El modelo simple no explica la persistencia de las normas jurídicas, Hart se pregunta ¿cómo se dice que la norma dictada por el legislador antiguo es todavía derecho si la sociedad ya no puede obedecer habitualmente a ese legislador?

Solo el modelo más complejo que incorpora a las reglas puede explicar la persistencia de las normas jurídicas pues, se puede sostener con Hart que una regla de reconocimiento puede especificar quienes deben ser considerados como legisladores.

Sin embargo, se han hecho intentos por responder esta pregunta, Hobbes señala al respecto en el *Leviatán* que “el legislador no es aquel bajo cuya autoridad la ley fue

hecha por primera vez, sino aquél cuya autoridad continúa hoy siendo ley”.⁴⁴ Así, el reconocimiento de la norma jurídica creada por el legislador antiguo se produce mediante la manifestación tácita de la voluntad del soberano actual. Esta explicación se remite a la legislación tácita del mismo modo como lo hacía respecto de la costumbre. Si los tribunales, agentes del soberano, aplican la norma dictada por el soberano anterior, entonces el soberano actual la está reconociendo.⁴⁵

El problema de esta explicación es que supone que mientras las normas jurídicas antiguas no sean aplicadas por los tribunales actuales, no son jurídicas, pues esa calidad se la deben al acto de aplicación. Hart se pregunta entonces cual es la diferencia entre una norma antigua que fue derogada y una norma antigua que no ha sido aplicada aún por un tribunal. Para el modelo simple, ninguna de las dos normas es jurídica, y es incapaz de describir la diferencia que genera el acto derogatorio.

Hart debe hacer una distinción. El modelo simple sostiene que las normas jurídicas dictadas por soberanos antiguos no son derecho mientras no sean aplicadas por los tribunales. Esto concuerda con la concepción del realismo jurídico que sostiene que ninguna norma es jurídica mientras no sea aplicada por los tribunales. Por otra parte, el mismo Hart propone un tercer modelo consistente en que para que una norma sea jurídica los tribunales deben aceptar una regla que determine que ciertos actos legislativos crean derecho.

Así, el modelo simple queda a medio camino entre el realismo jurídico y la posición de Hart. En efecto, a diferencia del realismo jurídico, el modelo simple supone que las normas dictadas por el soberano actual sí son derecho antes de su aplicación por parte de los tribunales, sin embargo no está dispuesto a otorgar el calificativo de jurídico a las normas dictadas por soberanos anteriores, como sí lo hace el propio Hart. Para él “esta posición intermedia es insostenible porque nada hay que distinga el estatus jurídico de una ley del soberano actual de una ley no derogada de un soberano anterior. O ambas son derecho antes de ser aplicadas por los tribunales de hoy a un caso particular (como lo reconoce el común de los juristas) o ninguna de ellas lo es, como pretende la teoría realista extrema”.⁴⁶

1.3 LIMITACIONES JURÍDICAS A LA POTESTAD LEGISLATIVA

⁴⁴ Hart, ob. Cit, pag. 79.

⁴⁵ A propósito de la novedad del derecho, Hobbes dice “pues cuanto más inmediatos sean los precedentes, tanto más correctos serán los fundamentos de sus sentencias; igual que las leyes más recientes tienen por lo común mayor fuerza, estando como están frescas en la memoria de todos, y tácitamente confirmadas al no haber sido derogadas por el legislador soberano”. Thomas Hobbes, *Diálogo entre un filósofo y un jurista*, Madrid, Editorial Tecnos, 1992, pag 26.

⁴⁶ Hart, ob. Cit, pag. 82

Se acaba de exponer una crítica al modelo simple respecto de la característica positiva del soberano: la existencia de un hábito general de obediencia hacia su persona. Ahora corresponde referirse a la característica negativa de ese soberano; que, a su vez, consiste en que ese soberano no obedece habitualmente a nadie, es decir que es jurídicamente ilimitado.

Lo que propone el modelo es que en toda sociedad independiente donde exista derecho encontraremos un soberano que tiene un poder legislativo jurídicamente ilimitado. Una vez que lo encontremos, será muy fácil determinar el derecho de esa sociedad (el conjunto de órdenes de ese soberano) y diferenciarlo de otros sistemas normativos como la religión, la moral, o las normas de la mafia. Además podremos determinar si ese sistema jurídico es independiente o está subordinado dependiendo del hecho de que el soberano no obedezca habitualmente a otra persona o grupo de personas.

Rex, si es soberano, debe ser ilimitado es decir no estar sujeto a deberes jurídicos. Que ser ilimitado equivalga a no estar sujeto a deberes jurídicos se demuestra porque para el modelo simple ser ilimitado corresponde a no tener un hábito de obediencia respecto de nadie.

Hart plantea la objeción siguiente: supongamos que en el país de Rex existe una regla que dice no se puede dictar una ley que disponga el arresto de las personas que no apagan la luz al salir del baño. Supongamos que Rex, soberano ilimitado, esto es, no sujeto a deberes jurídicos, decide sancionar una norma como esa. Hart señala que el efecto que tendrá esa norma será que cuando sea conocida por los tribunales, éstos no la aplicarán pues excede la competencia legislativa de Rex. A esa conclusión llegarían por aplicación de la regla que le atribuye competencia legislativa a Rex. La regla será nula.

Hart cree que Austin confunde estar sujeto a una obligación jurídica con ausencia de potestad jurídica, en realidad no se podría decir que Rex violó un deber jurídico que pesaba sobre él, lo que hizo fue sobrepasar los límites de su competencia. La interpretación tradicional de la doctrina de Austin sobre la ilimitabilidad es que éste no distingue la diferencia entre ausencia de poder y la existencia de un deber, que se encuentra expuesta por Hohfeld.⁴⁷ De esa manera el establecimiento de un límite al poder jurídico de Rex no es equivalente a la imposición de un deber. Si Rex, por el contrario decide cumplir con la exigencia constitucional que le impone no sancionar determinados actos, no se puede decir que esté obedeciendo a nadie.

Si suponemos que la norma constitucional no establece límite alguno a la potestad legislativa de Rex, éste puede decidir obedecer las órdenes de Tyrannus el soberano vecino. Así las cosas, estas normas no dejarían de ser jurídicas.

En resumen, Hart sostiene que por una parte debe aclararse que una limitación jurídica no es necesariamente equivalente a la imposición de un deber jurídico, más bien corresponde a la existencia de una incompetencia. Por otra parte para determinar si una norma es jurídica no hay que remontarse a la voluntad del soberano sino que hay que

⁴⁷ Wesley N Hohfeld, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, Centro Editor de América Latina, 1968.

demostrar que fue creada por un legislador habilitado por una regla existente. En tercer lugar, un sistema jurídico es independiente no porque haya un soberano ilimitado sino porque la regla que lo habilita a legislar no habilita también a otras autoridades extranjeras a legislar. En cuarto lugar, se deben distinguir dos cosas distintas: una autoridad suprema legislativa e ilimitada jurídicamente de una autoridad legislativa suprema y limitada. En último lugar se debe insistir en que, mientras la existencia de un hábito de obediencia sirve solo como un débil indicio de que estamos frente a un sistema jurídico, la existencia de una regla limitativa es crucial pues esa regla estará limitando justamente lo que hay que buscar: la competencia legislativa.

Ahora Hart se concentra en un último asunto: ver si se puede encontrar al soberano detrás de la legislatura jurídicamente limitada. El asunto es lógico, si el legislador está limitado, tiene que haber una regla que establezca esa limitación. Normalmente será una constitución escrita. Esa constitución puede contener normas que permitan su modificación, de tal manera que el soberano no será el poder legislativo limitado jurídicamente sino quien pueda modificar esos límites.

Dos fórmulas estándares se observan en las reglas sobre modificaciones constitucionales: las modificaciones las puede hacer algún órgano existente como el poder legislativo por medio de determinados procedimientos que normalmente incluirán requisitos de quórum, o las modificaciones se deben hacer por medio de algún órgano que debe ser convocado para ese solo efecto.

En el caso del poder legislativo que tiene facultades para modificar los límites constitucionales podemos decir que ese es un soberano. El problema es que el propio Austin sostenía que la legislatura no era el soberano. En una democracia el verdadero soberano no son los representantes sino que los representados, es decir el conjunto de los electores.

Hay un problema con esta tesis y es que el grueso de la población, es decir los electores, sean el soberano ¿cómo es que opera ahora la lógica de las órdenes? El grueso de la población ha de obedecerse a sí mismo.

Hart propone una solución *ad hoc*: se puede distinguir entre los ciudadanos en su calidad de sujetos particulares, como los obligados, y los mismos ciudadanos en su calidad de electores, como los que obligan. Dicha solución no daría graves problemas si no fuera porque para hacer esa distinción hay que hacer referencia a alguna regla que permita determinar en qué condiciones se produce la transformación de ciudadano de a pie en elector. Esas reglas no pueden poseer el estatus de órdenes. Se puede recurrir a una última solución *ad hoc*: decir que en realidad esas reglas son una descripción del hábito de obediencia. Hart descarta esa posibilidad pues “las reglas son constitutivas del soberano y no simplemente algo que debemos mencionar en una descripción de los hábitos de obediencia al soberano.”⁴⁸ No podemos decir que las reglas que especifican el procedimiento que ha de seguir el electorado especifiquen las condiciones bajo las cuales el conjunto de la sociedad, como conjunto de individuos, se obedece a sí misma en cuanto electorado. Eso porque la sociedad en cuanto electorado no es algo que

⁴⁸ Hart, ob.cit, pag. 95.

tengamos a la mano en el mundo empírico de la misma manera que el hábito de obediencia: la sociedad en cuanto electorado solo puede ser determinada por medio de la regla.

Hart se pregunta ahora, si entendiendo que el soberano en el electorado y no la legislatura, se puede reformular la objeción de que las restricciones al poder legislativo no pueden ser descritas como órdenes. De hecho se podría decir que el electorado ordena a sus representantes mantenerse dentro de ciertos límites, es decir que el electorado, como soberano ha impuesto deberes al legislador. Pero, continua Hart ¿se podría decir que esas limitaciones son órdenes que el electorado ha emitido incluso tácitamente? Se aplican aquí todas las objeciones a las órdenes tácitas. “El no ejercicio de un poder de enmienda (...) puede ser un índice muy pobre de los deseos del electorado, aunque a menudo un índice atendible de su ignorancia e indiferencia.”⁴⁹

Por otra parte, hay que preguntarse respecto de las limitaciones del legislador que no están sujetas al poder de enmienda del electorado. La única solución para entender que este electorado sigue siendo soberano ilimitado es señalar que esas limitaciones no sujetas a enmienda han sido tácitamente ordenadas por éste en la medida en que no se ha rebelado. Hart cree que esto haría insostenible la distinción entre legislación y revolución.

Es posible que esa unión de derecho y revolución haya sido justamente lo que buscaba el modelo simple: si el derecho queda reducido al poder, éste último no tiene más justificación que su autoafirmación. En otras palabras, la revolución (en el contexto de Bentham y Austin eso significa la revolución francesa y americana) no tiene más justificación que su propio éxito. Si la revolución francesa ha fracasado, entonces no tiene justificación alguna.

⁴⁹ Hart, ob.cit, pag. 96.

CAPITULO 2. EL MODELO DE HART

El positivismo, en general, reconoce en mayor o menor medida tres características del derecho: éste es un sistema normativo, coactivo e institucionalizado.

Estas características pueden ser puestas de relieve de manera distinta. Se ha expuesto, a grandes rasgos, las objeciones de Hart al modelo simple del positivismo. En esa explicación han quedado de manifiesto tres cuestiones de la máxima importancia para la teoría del propio Hart.

Primero, que la reducción del derecho a las órdenes respaldadas por amenazas, lo que hemos llamado el modelo imperativo, oscurece el hecho de que el derecho es normativo, es decir, que sirve como una pauta o guía de conducta. Algunas de las debilidades del modelo imperativo, basado en órdenes coactivas, se deben justamente a que se omite el análisis de las reglas y su influencia en la conducta. Es la utilización de reglas lo que explica gran parte de las características del derecho como institución social modelada por el lenguaje. Hart propondrá un análisis más profundo y provechoso del derecho aclarando primero el fenómeno más general de las reglas sociales y su aspecto interno. Esa es la primera tesis de Hart: el modelo práctico de las reglas sociales.

En segundo, lugar se ha visto que la versión simple del derecho de Austin reducía las normas jurídicas a un solo tipo: las normas que imponen una obligación a las que Raz llama normas prescriptivas. Pero en las objeciones formuladas por Hart ocupa un lugar preponderante el hecho de que existen diversos tipos de normas jurídicas. De esa diversidad nace justamente el derecho. El derecho, dice Hart, es la unión de las reglas primarias y secundarias. Esta tesis se complementa con la exposición de los tres tipos de

reglas secundarias que reconoce Hart: reglas de cambio, reglas de adjudicación y reglas de reconocimiento. El derecho no es solo un ordenamiento normativo, si no sería difícilmente distinguible de la moral. El derecho es institucional. La naturaleza institucional del derecho aparece justamente con estos tres tipos de reglas. De las tres, será la regla de reconocimiento a la que le prestaremos mayor atención ¿cómo se sabe si una norma es jurídica? La respuesta de Hart: observe la conducta de los jueces y verá que en su actividad los jueces reconocen una regla que les permite identificar al derecho, esa regla es la regla de reconocimiento.

Por último, durante la exposición de las objeciones de Hart al modelo simple, ha estado latente un problema que deberá enfrentar. Para el realismo jurídico el derecho es aquello que sancionan los tribunales. Dicho así, no hay gran diferencia con decir que el derecho es lo que reconocen los tribunales. Pero el asunto es en verdad muy distinto. Cuando los realistas sostienen su tesis de que solo lo que los jueces sancionan es derecho, lo hacen porque manifiestan un gran escepticismo ante las reglas. Esta es una tesis que puede ser atribuida a Wittgenstein: cualquier interpretación de una regla puede ser consistente con ella. Si es así, entonces frente a una determinada controversia judicial nunca, o casi nunca, será el caso que haya una solución correcta, pues la regla que la resuelva podrá ser interpretada en uno u otro sentido. Para enfrentar esta faena, Hart propondrá el modelo de la textura abierta de las reglas, eso significa: reconocer que efectivamente las normas tienen un límite gris que está abierto a distintas interpretaciones, sin embargo, existe un centro claro que no está sujeto a dudas. Por eso, la mayoría de los casos pueden ser resueltos aplicando reglas jurídicas, y en los casos en que esto no es posible se deberá recurrir a la discreción judicial.

A estos tres temas dedicaremos este capítulo, pero antes hay que subrayar que están directamente entrelazados. Por ejemplo, la regla de reconocimiento es una regla, por lo tanto, como toda regla ha de tener un aspecto interno y habrá de tener una textura abierta ¿Cómo afecta eso la determinación de un sistema jurídico? ¿Qué tipo de aceptación requiere la regla de reconocimiento? ¿Se puede enfrentar la objeción del escepticismo ante las reglas recurriendo a la aceptación convencional de la regla de reconocimiento? Estas preguntas no serán contestadas ahora, serán el tema de los últimos capítulos.

2.1 LA TEORÍA PRÁCTICA DE LAS REGLAS

La teoría práctica de las reglas sociales no ocupa, como tema, más de 15 páginas en el libro de Hart. De hecho, ni siquiera está enunciado como un tema desarrollado por separado sino que está tratado a propósito del problema del hábito de obediencia y la continuidad del derecho (capítulo IV número 1) y como preámbulo del tema de la unión de las reglas primarias y secundarias (capítulo V número 2) Sin embargo, dicha doctrina ha tenido una importante repercusión.

Así por ejemplo, Neil MacCormick⁵⁰, plantea que lo más valioso del libro de Hart es su descripción de las reglas sociales y la tesis de que las reglas jurídicas son un tipo de

regla social.

Continúa diciendo que Hart se inclina por la vía del enfoque hermenéutico, y por hermenéutico se refiere al intento de explicar acciones y prácticas humanas a través de la interpretación de los significados que tienen dichas acciones y prácticas para quienes las realizan. Originalmente, hermenéutica significaba el enfoque de interpretación de los textos Bíblicos. El enfoque hermenéutico de Hart, se debe a la influencia de John L. Austin⁵¹ y al libro de Peter Winch, *Idea of a social science*. Por medio de Winch toma contacto con el último Wittgenstein y con algunas ideas de Max Weber. De él adopta la necesidad de la comprensión (*verstehen*) interpretativa de las acciones tal como son significativas para los actores, tanto como la descripción conductual externa de acciones e instituciones sociales.

Los sociólogos suelen adjudicarse la tarea de la descripción externa de los ordenamientos jurídicos. Al respecto Weber insiste en que la tarea del sociólogo no es preocuparse de la interpretación normativa del derecho, sino de la probabilidad de que las personas responderán de cierta manera a su propia interpretación normativa.

A pesar de las influencias, la idea de Hart sobre las reglas sociales es original. Para explicar la regla no basta la observación de regularidades externas en la conducta. Del hecho de que la mayoría de las personas vayan una vez a la semana al cine no se sigue que haya una regla de ir al cine. La observación de una regularidad de ese tipo no supone ni es una afirmación acerca de la existencia de una regla que obligue a ir al cine.

Las reglas sociales son identificables cuando se tiene en cuenta la diferencia entre seguir una regla y tener un hábito. Tanto en la regla como en el hábito hay una cierta regularidad de comportamiento, sin embargo hay al menos cuatro diferencias: i) las reglas implican que la desviación del comportamiento es criticable; ii) la existencia de la regla supone que ella es en sí misma una buena razón para la crítica, y que por lo tanto es legítima; iii) las reglas contienen un “aspecto interno”, que está dado porque quienes siguen la regla ven en ella un estándar para guiar y evaluar el comportamiento, lo que supone ciertas actitudes críticas reflexivas; iv) el punto de vista interno frente a las reglas se pone de manifiesto en el lenguaje, en el uso de palabras como “deber”, “correcto” etc.

Hart recurre al ejemplo del ajedrez en relación con la diferencia entre tener un punto de vista interno y el mero hábito. Cuando uno decide mover una pieza sin respetar las reglas para salirse con las suyas, no solo no está jugando ajedrez; está malogrando el juego. Esto es un hecho que un observador externo, que no conoce las reglas, no puede sostener.

MacCormick repara en que se critica el uso de la terminología normativa por parte de Hart como medio adecuado para distinguir el aspecto interno del mero hábito. Alguien puede estar usando la terminología “ought”, “must”, “should”, “right” o “wrong” sin que por ello este predicando alguna regla social.

⁵⁰ Neil MacCormick, Ob. Cit.

⁵¹ No es el mismo Austin de *The province of jurisprudence Determined* de 1832, sino el de *Palabras y acciones: Cómo hacer cosas con palabras*, 1962.

Aquí el tema es identificar la diferencia entre que alguien diga que comer carne es malo, que luego diga que pasarse una luz roja es malo y por último diga que es malo bostezar en la mesa. Según algunos críticos, Hart no ha sido lo suficientemente sutil como para diferenciar entre estas actitudes. Para poder hacerlo, habría que interpretar el significado de tales juicios desde el punto de vista de la persona que los hace, más que quedarnos con la observación externa. Es decir, hay que recurrir al enfoque hermenéutico.

MacCormick sostiene que la explicación que hace Hart no está equivocada, solo que es incompleta. “Lo que si hace bien es la pregunta: ¿Cuáles son las actitudes hacia los patrones de actuación social (social acting) que, conjuntamente con alguna realidad en la acción (o “conducta”), deben existir o ser sostenidas por seres humanos para que sea verdadero que existe para un grupo de seres humanos una regla?”⁵²

La respuesta de MacCormick empieza por lo que Hart ha desarrollado pero no termina ahí.

Reconsideración del aspecto interno de las reglas

Una actitud “crítico reflexiva” se puede analizar distinguiendo un aspecto cognitivo, representado por el concepto “reflexivo”, y un aspecto volitivo, determinado por el concepto “crítico”.

El aspecto cognitivo expresa la noción de patrón de conducta, esto es, la capacidad para concebir una correlación de ciertos actos con ciertas circunstancias (detenerse en una luz roja) representa además la capacidad de apreciar ciertos actos, relacionarlos con los patrones y determinar la conformidad, inconformidad o indiferencia de dichos actos con los patrones.

El aspecto volitivo, se refiere al deseo de que dicho acto se realice –o no. Esta preferencia puede estar condicionada por el hecho, por ejemplo, de ser compartida por un amplio grupo. Así por ejemplo, la preferencia por la norma que obliga a transitar en auto por la derecha está condicionada a que el resto cumpla dicha norma. En este caso la preferencia no es concebida como un fin último, sino que puede estar en función de otro fin: el que, al mantener mi derecha me expongo a un menor riesgo que si no lo hacemos yo y el resto.

En el ejemplo del vegetariano, lo que lo distingue, es que no presupone que el patrón de conducta por el que se compromete sea convencional en el grupo. Sostiene el patrón porque lo considera preferible al del resto, por una cuestión de principios que no está condicionada por la observación que haga el resto sobre la conducta de no comer carne.

Por otra parte, respecto de este aspecto interno, es posible ver en él, un compromiso volitivo como un compromiso emotivo. Hart sostiene que se trata de un compromiso volitivo y no emotivo. Dice: “El aspecto interno de las reglas es frecuentemente es representado en forma errónea como una simple cuestión de “sentimientos”, por oposición a la conducta física externamente observable. Sin duda, (...) los individuos pueden tener experiencias psicológicas análogas a la restricción o a la compulsión.

⁵² MacCormick, ob. Cit. Pag. 302.

Cuando uno dice que se “siente obligado” a comportarse de un cierto modo, es posible que en verdad se refiera a esas experiencias. Pero tales sentimientos no son ni necesarios ni suficientes para la existencia de reglas “vinculantes”. No hay contradicción en decir que la gente acepta ciertas reglas, pero no experimenta tales sentimientos de compulsión. Lo que es necesario es que haya una actitud crítico reflexiva hacia ciertos patrones conductuales como estándar común...”⁵³

Para poder elucidar que se denota por reglas aceptadas, apoyadas por la crítica o la presión, hay que referirse a un aspecto volitivo: la voluntad de que el patrón se mantenga. Tal preferencia puede referirse a asuntos públicos que por sí mismos son fines o que conducen a esos fines. Ahora, la gente normalmente tiene actitudes emotivas respecto de los fines, por lo tanto no hay una completa disyunción entre lo volitivo y lo emotivo. A pesar de que es cierto que “sentirse obligado” no es necesario para el aspecto interno de ninguna norma.

Entonces, por aspecto interno debemos entender la preferencia de aquellos que actúan de acuerdo con una norma por actuar en virtud de esa norma, y de que otros actúen igual.

Aceptación de una regla puede significar dos actitudes. El caso de la aceptación voluntaria (caso más fuerte) es un poco más que el anterior: uno no solo prefiere actuar de acuerdo a la regla, sino que lo prefiere en tanto supone una preferencia sustentada por la generalidad de aquellos a quienes se les aplica. Pero también están quienes aceptan “de mala gana”, es la aceptación en el sentido débil. Se acomodan a la regla para evitar ser criticados, pero prefieren que se le aplique al resto de grupo.

MacCormick llama la atención sobre la distinción de si un grupo está formado por la aceptación voluntaria de la regla o es consecuencia de una acción voluntaria de integración a un grupo ya existente o, por el contrario, si es consecuencia de un hecho involuntario. A continuación repasa en el hecho de que algunos de los grupos determinados por las reglas más relevantes responden a situaciones involuntarias. Por ejemplo la pertenencia a una determinada ciudadanía.

En esos casos de integración involuntaria la gente puede encontrarse compelida a cumplir reglas que no aceptan ni siquiera en el sentido débil. Entonces tales personas tendrán razones prudenciales para cumplir dichas reglas. Esas razones estarán determinadas por la proporción, fuerza e influencia de las personas que sí desean cumplir.

Aquí MacCormick está apuntando al hecho de que la dualidad conformidad – no conformidad con la regla no acaba el asunto, hay que agregar el rechazo a la regla.

Según Hart, el aspecto interno no presupone una aceptación moral de las reglas. “... No solo puede gran cantidad de gente estar coercionada por normas jurídicas que no consideran moralmente obligatorias, sino que ni siquiera es cierto que aquellos que sí aceptan el sistema voluntariamente lo tienen que hacer porque se ven a sí mismos como moralmente obligados a hacerlo, aunque el sistema adquiere la mayor estabilidad cuando ello acaece. En realidad, su fidelidad al sistema puede estar basado en consideraciones

⁵³ MacCormick, ob. Cit. Pag. 72.

muy diferentes: cálculos de interés de largo plazo; un interés desinteresado en otros; una actitud irreflexiva heredada o tradicional o el mero deseo de hacer lo que hacen los demás ... Aquellos que aceptan la autoridad de un sistema jurídico lo miran desde un punto de vista interno y expresan su percepción de sus exigencias en enunciados internos que están formulados en el lenguaje normativo que es común tanto al derecho como a la moral: “Yo (tú) debo (debes)”, yo (él) tengo que (tiene que)”, yo (ellos) tengo (tienen) una obligación”. Sin embargo, ellos no están por eso comprometidos al juicio *moral* de que es moralmente correcto hacer lo que el derecho requiere.”⁵⁴

Carlos Santiago Nino⁵⁵ destaca la importancia de aclarar lo que entendemos por “aceptar una norma”. Ello porque la situación descrita en el párrafo citado es distinta al punto de vista interno. Obviamente no todo el que hace lo que la regla manda la está aceptando. Aceptamos la regla cuando hacemos lo que señala al menos en parte porque es la regla la que lo señala. Debe ser una razón suficiente. En tanto que su emisión pretende ser una razón auxiliar para la acción del destinatario.

De las razones operativas, no morales, propuestas por Hart para aceptar una regla, ninguna representa el caso del punto de vista interno. En los casos de: cálculos de interés de largo plazo; un interés desinteresado en otros; una actitud irreflexiva heredada o tradicional o el mero deseo de hacer lo que hacen los demás, las dos últimas razones no son razones, son meros hechos que sirven de explicaciones de un comportamiento. De los otros dos casos, el primero es una razón de tipo prudencial y el segundo es el caso central de razón moral.

En relación con la razón prudencial, ésta no parece ser del tipo de razones que se explican con la adopción del punto de vista interno. No son casos de aceptación de una norma, continúa Nino, por que no importan la formulación de juicios normativos dirigidos a evaluar el comportamiento. El caso paradigmático es el de los juicios destinados a conductas de terceros. En este caso no tiene sentido una razón prudencial como criterio evaluativo del comportamiento del tercero. El razonamiento: 1) me conviene aceptar la regla dictada por T, 2) T ha establecido la obligación O cuyo destinatario es el señor del lado, 3) luego el señor del lado debe hacer O, es un razonamiento inválido.

Luego, de todas las razones que da Hart para aceptar una norma desde el punto de vista interno, la única que sirve es la moral.

Hart propone una distinción basada en la separación entre la conducta y el aspecto interno de la regla. Se trata de la distinción entre el punto de vista externo a la norma, el punto de vista del observador no comprometido, y el punto de vista interno de la norma, el punto de vista de quién acepta la norma.

Hart señala que el “extremo punto de vista externo” consiste en quien se restringe a observar regularidades de conducta, predicciones, probabilidades y signos. Hay dos casos para sostener dicho punto de vista: el de los personajes de Kafka que no son

⁵⁴ Hart, ob. Cit, pag. 250.

⁵⁵ Carlos Santiago Nino, “El concepto del derecho de Hart”, *Revista de Ciencias Sociales*, Facultad de Ciencias Jurídicas Económicas y Sociales; Valparaíso N° 28 Primer Semestre 1986

capaces de entender que una regularidad responde a la aceptación de reglas y convenciones sociales, y el de quienes adoptan la posición de un científico. Quien actúa como científico se mantiene en el extremo punto de vista externo aún cuando en su vida cotidiana se adapte a dichas normas. Hart señala que este punto de vista científico no es completamente inútil en la medida en que el método hermenéutico no es la única dimensión de comprensión de la conducta.

Austin y Bentham parten de la observación de un hábito de obediencia a un soberano que tiene el poder y el propósito de infligir daño a quienes desobedezcan dentro de una determinada comunidad política independiente. Pero hábito en ese contexto, es la conducta descrita puramente en términos de regularidades, predicciones, probabilidades etc. excluyendo la comprensión de la acción de quienes siguen reglas.

Este foco de atención en el extremo punto de vista externo es entonces metodológico; por más útil que pueda ser el concentrarse en los hechos brutos, es inadecuado para el estudio del derecho.

Para MacCormick, Hart desatiende la otra variante (no extrema) del punto de vista externo, en circunstancias de que debería ser éste el punto de vista preferente de un teórico como él –un teórico positivista. Es el propio Hart el que señala que la comprensión de la ley es independiente de nuestra propia moral. Luego, lo que tiene que hacer es tomar el punto de vista externo para describir las reglas jurídicas tal como estas se tienen por tales desde el punto de vista interno de quienes las respetan sin considerar compromisos propios. Esta intuición metodológica de Hart es lo que justifica que MacCormick lo haya llamado hermenéutico. Señala además que es este punto de vista el único que permite comprender las reglas sociales, y que las reglas jurídicas pueden ser analizadas y descritas como una subespecie de reglas sociales.

Desde este punto de vista externo no extremo, el análisis de los elementos cognitivo y volitivo del punto de vista interno, se hace a) con total participación del elemento cognitivo de dicho punto de vista – la comprensión de patrón en cuestión; y b) total apreciación de las preferencias de conformarse al patrón en cuanto estándar – aun cuando eso no signifique compartir dicho punto.

Hart, como se ha dicho, sostiene que el punto de vista interno puede ser esclarecido considerando el uso que hace quien usa términos como “debería”, “tiene que”, etc. en determinados contextos. Por otra parte MacCormick recuerda que se ha criticado a Hart dado que éste sostiene que cuando alguien usa alguna expresión normativa, necesariamente podemos presuponer, en quien habla, un compromiso con el estándar. Ahora dado que, como se ha visto, no hay una dualidad punto de vista interno-externo, sino que podemos identificar tres puntos de vista distintos, podemos concluir que es posible que quien señala que alguien está obligado a algo no adhiera necesariamente al estándar. Así por ejemplo “tienes que ir a misa” dicho por el cura o por mi amigo ateo es obviamente una frase en que la adhesión a la regla solo se da respecto del primer hablante. En otras palabras una afirmación normativa se puede hacer tanto desde el punto de vista interno como desde el punto de vista hermenéutico. El solo hecho de la afirmación normativa no permite determinar si se hace de uno u otro punto de vista. Por otra parte, para poder sostener que es posible una afirmación normativa desde el punto

de vista hermenéutico, necesariamente debemos presuponer (hipotéticamente) que existe el punto de vista interno.

No todas las declaraciones normativas que la gente hace presuponen la existencia de una regla como tal. Todas presuponen un estándar pero no todos estos estándares son reglas. Hart lo da a entender cuando dice: “Es (...) necesario caracterizar, en términos generales, aquellos principios, reglas y estándares relacionados con la conducta de individuos que pertenecen a la moralidad y que hacen moralmente obligatoria una conducta.”⁵⁶

El vegetariano del ejemplo puede saber que no hay ninguna regla que prohíba comer carne. Hart no clarifica en que consiste la afirmación de que no todo estándar sea una regla, y cual es la distinción entre reglas y otros estándares. Distinción que Dworkin usa justamente para criticar a Hart introduciendo el concepto de principios jurídicos.

MacCormick intenta una explicación coherente con Hart. Los principios se caracterizan en los ámbitos moral y jurídico, como fundamentos racionales y generales de conducta.

Por el contrario las reglas parecen ser de índole más bien convencional, y por lo tanto pueden llegar a ser arbitrarias, como por ejemplo mantener la derecha, detenerse frente a la luz roja o que el plazo sea de cinco días. Una vez que se ha hecho una elección, como mantener la derecha, es racional adherir a ella, dada la expectativa de que los demás también lo harán. El elemento de adhesión a los estándares que son reglas, pertenece en general al ámbito del punto de vista interno que se caracterizó como condicionado por el consenso.

Por otra parte habría otro rasgo de las reglas que es relevante aquí: pensamos en ellas como algo listo. Están escritas cuando las aprehendemos. Esto permite que su grado de precisión sea mayor que el de otros estándares no escritos, como por ejemplo los de buena fe, de modo tal que la gente entenderá que el patrón de conducta establecido por una regla es razonablemente predeterminado en tanto que un estándar distinto es más vago.

En relación con el problema del “derecho positivo”, para Hart es un rasgo característico de los Estados de Derecho que el ordenamiento jurídico contenga instituciones y procedimientos tales que, con relativa claridad, autoridad y precisión se puedan formular los estándares jurídicos. Así, el ordenamiento jurídico transforma estándares vagos en reglas propiamente tales.

MacCormick hace ver que otras esferas de la vida donde se aplican reglas, tienden a ser aquellas donde también existen instituciones y procedimientos que dan precisión a estándares y convenciones como en los juegos. Por ejemplo la FIFA, las sociedades anónimas etc. Las reglas, entonces, son un concepto especialmente relevante para la jurisprudencia.

Sin embargo, se ha criticado a Hart por una cierta ambigüedad en su concepto de reglas. Manuel Manson Terrazas⁵⁷ señala al respecto que a pesar de que pretendía una

⁵⁶ Hart, ob. Cit, pag. 314

dilucidación del concepto de regla, Hart es ambiguo en su uso, así por ejemplo: 1. Regla como ciertos hábitos sociales. 2. Como determinadas proposiciones (definiciones) y 3. Algunas oraciones directivas.⁵⁸

Dice que Hart ha dado una explicación razonablemente satisfactoria para casi todas las ciencias sociales menos para la ciencia del derecho. En efecto cuando un jurista dice que una regla contradice a otra no está diciendo que ciertas personas actúan en algún lugar de manera inconsistente o que efectúan críticas inconsistentes. El jurista se refiere a oraciones normativas contradictorias.

Carlos Santiago Nino también ha reparado en la ambigüedad en el concepto de regla pues no da cuenta de las alusiones a reglas o normas en distintos contextos.⁵⁹

Dice Hart que “a veces una regla es aceptada o que ella dispone tal o cual cosa.” En un caso las reglas son concebidas como proposiciones, y es a esas reglas, concebidas como proposiciones, a las que se refieren los juicios normativos formulados desde el punto de vista interno. Pero, indica Nino, cuando se usa en concepto de regla caracterizada como práctica social debe recurrirse a otro sentido de “regla”. Este último sentido pasa desapercibido para Hart; el sentido de regla como juicio. El problema es que es este sentido de regla (juicio) el que se usa en el discurso jurídico más relevante: el de contextos justificatorios como el judicial y el dogmático. Cuando las reglas son concebidas como practicas sociales ellas no pueden servir como razones de justificación para una acción ya que en tanto practicas son hechos y los hechos no permiten justificar conductas.

Hay otro concepto de regla que Hart omite: Algunos de los juicios justificatorios de acciones que se pueden hacer en el contexto de una práctica social, algunos son privilegiados, esto porque el solo hecho de su formulación, cualquiera sea el valor de las justificaciones, es desde ya una razón adicional para realizar la conducta. Se trata del fenómeno de la autoridad, que dada ciertas razones operativas, colocan al emisor de la razón en una situación de autoridad moral, o autoridad practica.

El hecho de formular un juicio normativo con la intención de que dicho juicio sirva de razón para la acción al destinatario del juicio, es muchas veces denominado “regla”, “norma” o “directiva”. Este concepto de regla tampoco es identificado por Hart.

Esta inadvertencia le permite hacer una distinción tajante entre regla y orden. Tal diferencia no es tal desde que se usa la expresión “regla” para referirse a la expresión de juicios normativos que pretenden servir como razones para actuar.

Por último hay un cuarto concepto de regla que Hart no distingue: “Cuando sostiene que las reglas tienen una textura abierta o vaguedad inherente, no está predicando estas cualidades de prácticas sociales, ni de juicios y proposiciones ni del acto de formular tales

⁵⁷ Manuel Manson Terrazas, “Hart, la filosofía analítica, el derecho y la lógica formal”, *Revista de Ciencias Sociales*, Facultad de Ciencias Jurídicas Económicas y Sociales; Valparaíso N° 28 Primer Semestre 1986

⁵⁸ Ver en HartOb. Cit. pp 55, 57, 121 y ss

⁵⁹ C.S. Nino, Ob. Cit.

juicios, sino de las formulaciones lingüísticas mismas, o sea de las oraciones que enuncian los juicios aludidos, que se emiten a través de los actos mencionados, que son, a su vez, parte de las practicas sociales a que se hizo referencia.”⁶⁰ Interpretar una regla es hacerlo respecto de los símbolos de que se compone.

Hart sin embargo no dice que el concepto de regla se circunscriba solamente a prácticas sociales, no dice que sea el único concepto de regla relevante. “Cuando advertimos que un concepto de regla denota ciertas prácticas constituidas por acciones o actitudes, otro algunas de esas acciones que consisten en formular ciertos juicios, otro formulaciones para expresar esos juicios, entonces tenemos claro que el concepto de regla puede ser usado en los discursos que describen prácticas, actos lingüísticos o símbolos, en discursos que justifican acciones, tomando en cuenta o no alguno de esos datos, en discursos que conducen a formulaciones como las mencionadas etcétera.”⁶¹

Sobre la ambigüedad volveremos más adelante cuando nos refiramos al problema del escepticismo ante las reglas. Ahora debemos tocar un último tema relacionado con la teoría práctica de las reglas sociales.

En su exposición de la tesis simple de positivismo Hart se inscribió con una tesis polémica: que el modelo simple de disposición jurídica podía ser asimilado con la orden del asaltante de banco. Después de haber desarrollado la teoría práctica de las reglas sociales Hart propone una última diferencia entre el asaltante y el derecho. Se trata de la distinción entre estar obligado y sentirse obligado.

2.1.2 Estar y verse obligado

El modelo simple partía de la observación de un hecho cierto: donde hay normas jurídicas se puede decir que la conducta se hace de algún modo obligatoria. Pero su descripción de las normas jurídicas permitía decir que cuando el asaltante dice “entrégume el dinero” nos enfrentábamos a un caso básico de obligación o deber general.

Hart concuerda con señalar que el cajero “se vio obligado” a entregar el dinero, pero no se puede decir que “tenía la obligación” de entregar el dinero.

Las diferencias entre verse obligado y tener una obligación son varias. Se puede decir que cuando alguien se ve obligado a hacer algo, lo hace, pues tiene la creencia o la opinión de que lo que hubiera preferido hacer resulta por alguna razón menos preferible. Se trata en cierto modo de un asunto psicológico. Podemos decir que en la situación del asaltante esos hechos son suficientes para decir que el cajero se vio obligado pero no lo son para decir que tenía la obligación.

Por otra parte esa creencia de que puede sobrevenir un mal tampoco es necesaria en el caso de quien tiene una obligación. Alguien que se detiene en una luz roja cuando no hay nadie puede saber que hay muy pocas probabilidades de ser sancionado si no para, sin embargo se puede decir que sí estaba obligado. Una tercera diferencia es que

⁶⁰ C.S. Nino, Ob. Cit. P 42

⁶¹ C.S. Nino, Ob. Cit. P 42

cuando se dice que alguien se vio obligado a hacer algo se está diciendo también que hizo eso. Cuando se dice que alguien tiene una obligación hay una diferencia entre ese enunciado y el hecho de que esa persona cumpla su obligación.

Austin propuso reemplazar el concepto de obligación, que resultaba oscuro y psicológico, por el concepto estadístico de probabilidad de sanción. La intención de Austin es poder reducir la obligación a un asunto de hechos empíricos.

Hart cree que esa reducción oscurece más de lo que aclara. De hecho cuando se dice que alguien ha transgredido una regla, dicho enunciado no solo es fundamento de la probabilidad de una sanción, sino que la trasgresión, en verdad, es el fundamento de dicha sanción. Lo que ha dejado fuera de su análisis Austin es el aspecto interno en el seguimiento de una regla.

Sin embargo, advierte Hart, la existencia de una regla social es necesaria pero no es suficiente para decir que alguien tiene una obligación. Por ejemplo en el caso de las reglas de etiqueta no se puede decir que alguien “tenía la obligación” de sacarse el sombrero.⁶²

Para que podamos decir que existe una obligación la exigencia por su cumplimiento tiene que ser más bien general e insistente y la presión social frente al incumplimiento debe ser fuerte. Las reglas sostenidas por ese tipo de presión son consideradas generalmente más importantes que otras y la conducta exigida puede implicar la postergación de un deseo personal. De ahí que generalmente se relacione el concepto de obligación con el de sacrificio o renuncia. Sin embargo, ésta no es una relación esencial pues ciertas reglas fundamentales de convivencia imponen la prohibición de conductas que la mayoría de las personas jamás harían. Por ejemplo la prohibición moral y jurídica de matar a otro.

2.2 EL DERECHO COMO UNIÓN DE REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS

Para introducir el modelo de la unión de reglas primarias y secundarias, Hart recurre nuevamente a un argumento histórico hipotético. Sin embargo, ahora se desentiende de Rex y establece una hipótesis bastante más plausible.⁶³

En una sociedad prejurídica dice Hart, probablemente habrá normas de conducta obligatorias. Serán normas consuetudinarias que impondrán determinadas obligaciones a los miembros del grupo. Dichas normas no formarán un sistema: serán un conglomerado de reglas primarias.

⁶² En el castellano “él tenía una obligación” no es una aserción tan fuerte como la inglesa “he had an obligation to” pues también se puede usar para traducir la más débil “he ought to have”, pero el concepto puede ser reemplazado por “estaba obligado a hacerlo” entendiendo, por supuesto, que estaba obligado porque había una norma, donde si hay una connotación más fuerte.

⁶³ Ver por ejemplo Bronislaw Malinowski, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, México, Editorial Ariel.

Característicamente dicha sociedad enfrentará ciertos problemas en la aplicación de sus normas. Cuando algún miembro del grupo viole las obligaciones impuestas por las normas, será objeto de reproche, pero no existirá una instancia especial para resolver los conflictos que se susciten producto de las faltas.

Si un miembro del grupo daña a otro en contravención a las normas, la víctima no tendrá una forma institucionalizada de reparación del daño. Si la familia de la víctima es numerosa podrá imponerle a la familia del victimario ciertas compensaciones, si no lo puede hacer se podrá recurrir a algún mediador (el jefe de la tribu, el médico brujo, etc.) que intentará llegar a una solución negociada. Si tampoco resulta este método, se recurrirá a la venganza u otras medidas de autocomposición. Este problema se refiere al carácter difuso de los medios de presión social. Por otra parte es posible que surjan otro tipo de problemas. Puede ser el caso que exista controversia respecto de si determinada conducta es o no obligatoria, sobre si determinados conceptos figuran en las reglas del grupo. Puede que el presunto victimario sostenga que efectivamente realizó tal y cual conducta pero que siempre se ha considerado que tal y cual es legítimo, este problema es lo que llama Hart la falta de certeza. Por otra parte, la tribu de Hart enfrentará un tercer tipo de problema característico. Con el correr del tiempo la tribu tomará contacto con otros individuos de la especie humana, el clima cambiará y surgirán nuevas tecnologías que harán la vida más compleja. Entonces podrá suceder que las reglas consuetudinarias basadas en la tradición del grupo resultarán insuficientes. Habrá que establecer nuevas reglas pero no habrá tiempo para esperar a que se vayan formando por la simple costumbre. Este es el problema del carácter estático del sistema prejurídico.

Así, la tribu de Hart en unos pocos milenios enfrentará tres tipos de problemas: la necesidad de contar con una instancia de resolución de conflictos que tenga fuerza obligatoria, la necesidad de establecer ciertos procedimientos que permitan limitar las controversias sobre cuáles son las reglas de la tribu y por último la necesidad de contar con fórmulas para incluir nuevas reglas y modificar las antiguas.

La solución a estos tres problemas será característicamente el paso de una sociedad prejurídica a una sociedad jurídica. Hay que notar que el paso no incluye que surjan reglas que obliguen a realizar determinadas conductas, sino de reglas que otorgan ciertas facultades y competencias.

Las tres reglas que surgen son las reglas de adjudicación referidas a otorgar competencia para resolver los conflictos en forma obligatoria, las reglas de cambio que otorgarán facultades para crear nuevas reglas y modificar las anteriores y por último la regla de reconocimiento que establecerá la fórmula para determinar cuáles son las reglas obligatorias que deben ser aplicadas por los órganos de adjudicación. Para Hart se trata de reglas secundarias pues a diferencia de las reglas primarias que imponen obligaciones y por lo tanto se refieren a la conducta, estas reglas se refieren a la aplicación de otras reglas.

Podemos enunciar un par de críticas típicas que se han efectuado a las reglas secundarias de Hart. Carlos Santiago Nino por ejemplo, ha sostenido que tanto las reglas de adjudicación como las reglas de cambio son reglas de competencia. Las reglas de cambio otorgan competencia para crear normas generales, las reglas de adjudicación

otorgan competencia para crear reglas individuales: las sentencias judiciales.

Hart señala que “se puede decir que ellas (las reglas secundarias) se encuentran en un nivel distinto que las reglas primarias porque son *acerca* de éstas; en otros términos, mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no deben hacer, estas reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. Ellas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible.”⁶⁴

Raz sostiene que dicha descripción es desafortunada pues aunque las disposiciones primarias y las disposiciones que imponen deberes tienen relaciones internas con las disposiciones secundarias y las disposiciones que otorgan facultades respectivamente, ellas no son acerca de estas, sino “acerca” del comportamiento humano que guían, como las disposiciones que imponen deberes y las primarias, solo que en una dirección indefinida. El punto de Raz es que todas las normas jurídicas guían el comportamiento, pues todas son razones para la acción. Pero existen normas jurídicas que guían el comportamiento imponiéndole un curso determinado: nuestro ejemplo de “apaga la luz” y existen normas jurídicas que guían el comportamiento de un modo indeterminado: “para apagar la luz aprieta el interruptor” es indeterminado pues si quiero apagar la luz aprieto el interruptor, si no quiero apagar la luz no lo aprieto. Esta descripción de las normas se complementa con la tesis de Raz de que existen disposiciones jurídicas que no son normas, es decir que no guían el comportamiento.

Pero para nuestros propósitos este tipo de crítica no es especialmente relevante. En el caso de Nino, porque su crítica se funda en una concepción imperativa del derecho inspirada en Kelsen donde lo central es la coacción y por lo tanto no hay gran importancia en la distinción entre una norma general y una sentencia judicial. Si el enfoque que asumimos para describir el derecho le presta más atención a su aspecto normativo, es claro que la sentencia, en la medida en que se refiere al comportamiento de un individuo respecto de una situación dada, deja de ser importante como pauta general de conducta, y se puede distinguir entre las normas jurídicas legislativas y las sentencias judiciales. En el caso de Raz, que comparte la crítica de Nino sobre incluir las reglas de cambio y de adjudicación en un solo ítem, además de la crítica sobre si las reglas secundarias se refieren al comportamiento o a otras reglas, el asunto tiene que ver con su descripción de la estructura de los sistemas jurídicos. La estructura de los sistemas jurídicos de Raz tampoco es algo que tenga demasiada importancia aquí.

Lo que sí es importante y merece más detenimiento es el problema de la regla de reconocimiento pues esto está directamente relacionado con la crítica de Dworkin a Hart y con el hecho de la eventual insuficiencia del método que MacCormick llama “hermenéutico” para enfrentar los desafíos de la teoría jurídica. Recordemos que MacCormick señalaba que entre el punto de vista externo extremo y el punto de vista interno, había un punto de vista intermedio. La regla de reconocimiento por lo demás está construida sobre una ambigüedad. Algunas veces Hart se refiere a ella como una auténtica regla que presupone un punto de vista interno y otras como una simple teoría

⁶⁴ Hart, Ob. Cit., p. 117.

acerca de las fuentes formales del derecho. Es posible que sea legítimo describir la regla de reconocimiento desde el punto de vista “hermenéutico” de MacCormick pero su uso requiere asumir un papel comprometido. Otra ambigüedad pone en riesgo este requerimiento: lo que se señaló sobre el punto de vista interno y la idea de Hart de que aceptar una regla no implica aceptarla moralmente. Si se puede aceptar una regla por razones meramente prudenciales y en la aceptación de la regla de reconocimiento se reduce a eso, entonces prácticamente no hay diferencia entre aceptar la regla y describirla “hermenéuticamente”. Todos estos puntos requieren aclaración así es que empezaremos por una descripción más detallada de lo que Hart quiso decir con “regla de reconocimiento”.

2.2.1 La regla de reconocimiento

Donde quiera que se acepte la existencia de una regla de reconocimiento, dice Hart, se puede decir que se cuenta con un criterio con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación.

La regla de reconocimiento puede ser simple, por ejemplo la remisión a un texto revestido de autoridad (las doce tablas), una fuente legislativa (lo que manda Rex), una práctica consuetudinaria o compleja como por ejemplo una constitución. En los sistemas jurídicos modernos donde generalmente hay una variedad de fuentes, la regla de reconocimiento puede ser más compleja e incluir los criterios en un orden de subordinación y primacía relativa. Por ejemplo: si entra en conflicto la norma consuetudinaria y la norma legal prima la legal.

Hart subraya la importancia de diferenciar entre la subordinación relativa de un criterio a otro y la derivación. De la confusión de ambas cuestiones dependen aserciones del tipo “todo el derecho es esencialmente lo que manda la ley”.

Por otra parte advierte que la regla de reconocimiento rara vez es formulada como una regla, es más, rara vez es expresada. Su existencia se muestra en su uso, en la forma en la que las reglas particulares son identificadas, por los tribunales o por otras personas. Si bien puede ser usada por cualquier persona, hay una diferencia en el uso que le dan los tribunales: se trata del estatus autoritativo de las reglas identificadas por ellos, en mérito a las reglas de adjudicación. Reconoce Hart que entre la formulación que se haga de la regla y su uso pueden existir grandes diferencias, situación que deriva generalmente en un desentendimiento entre la sociedad y las instituciones jurídicas.

El uso que hacen los jueces de la regla de reconocimiento es característico del punto de vista interno y colectivo, y la forma en que es expresada revela este punto de vista “el derecho dispone que...”. Esta actitud puede ser comparada con la actitud de un observador que puede decir cosas como “en la tribu de Hart es derecho ...” Hart llama al primer tipo de enunciados: enunciados internos y al segundo, externos.

Para Hart esta diferencia entre enunciados externos e internos ayuda a entender los problemas que ha generado el tema de la validez jurídica. Hart cree que el uso del término “válido” es más característico de enunciados internos que aplican a una norma jurídica particular la regla de reconocimiento que no está enunciada pero que está

aceptada. Decir que una regla es válida es reconocer que de acuerdo a la regla de reconocimiento esa regla satisface los requisitos para ser considerada válida dentro del sistema.

La validez suele vincularse a la eficacia de una norma, y por lo tanto cuando se quiere decir que una regla es más obedecida que desobedecida se está diciendo que dicha norma es válida, sin embargo, Hart descarta que la eficacia tenga mucha relación con el problema de la validez. A menos que la regla de reconocimiento incorpore un criterio de derogación por desuso. Pero hay otra relación entre validez y eficacia. Es la que se refiere a la eficacia del sistema jurídico en general. Si un sistema jurídico no es eficaz carece de objeto, por lo general, preguntarse por la validez de sus normas. Insistir en ello solo puede explicarse porque se está enseñando Derecho Romano o porque se rechaza un nuevo régimen jurídico aferrándose a los criterios del régimen desaparecido.

Es importante entonces reconocer la relación entre el enunciado interno que señala la validez de una norma de acuerdo a la regla de reconocimiento y el enunciado externo que reconoce la eficacia del sistema jurídico general. La teoría tradicional que sostiene que afirmar la validez de una norma es igual a predecir su utilización en los tribunales, es la misma que sostiene que afirmar la existencia de una obligación es afirmar la probabilidad de una sanción. En ambos casos la razón de referirse al derecho desde el punto de vista predictivo es evitar referencias a entidades metafísicas u otras sustancias misteriosas. La plausibilidad de la teoría predictiva depende de que en los casos normales la verdad del enunciado fáctico vaya estrechamente unida a la existencia del enunciado interno. Pero en cuanto se observa la decisión judicial se demuestra el error. Hart sostiene que el juez que declara la validez de una norma, presupone, pero no expresa la eficacia general del sistema. Y obviamente no está interesado en predecir su propia acción oficial. Su enunciado de validez es un reconocimiento que debe ser descrito desde el punto de vista interno, y no constituye una profecía de su resolución, sino la razón de ésta.

Ahora Hart ya está en condiciones de decir lo que hemos estado esperando. La regla de reconocimiento es, en cierto sentido, una regla *última* del sistema jurídico. Y no solo eso: cuando hay varios criterios ordenados de acuerdo a su primacía y subordinación, uno de esos criterios es *supremo*. Se dice que un criterio de reconocimiento es supremo, cuando las reglas reconocidas por su uso son jurídicas no importando si entran en conflicto con reglas reconocidas por medio de otros criterios. Hart advierte que por tratarse de criterios relativos no presuponen nada como una noción de potestad legislativa ilimitada.

Respecto de la regla de reconocimiento y su carácter último Hart pone un ejemplo para explicarse. Si se plantea la cuestión sobre la validez de una norma debemos usar un criterio de validez suministrado por otra norma. Si me pregunto si es válida la ordenanza municipal tal y cual sobre requisitos en el porte de las puertas de un hotel, la respuesta la encontrare en que dicha ordenanza fue dictada en el ejercicio de las facultades de la dirección municipal respectiva. Si me pregunto ahora si el ejercicio de dichas facultades era válido, la respuesta la encontraré en la ley de municipalidades. Si soy muy desconfiado puedo preguntar sobre la validez de la ley de municipalidades. La respuesta será que dicha ley fue dictada por el poder legislativo haciendo uso de sus facultades

legislativas. Supongamos que soy un niño de cuatro años e insisto en preguntar por la validez de dichas facultades legislativas. La respuesta la encontraré en las normas de la constitución referentes al ejercicio y competencias del poder legislativo. Nuestro razonamiento, dice Hart se detendrá en este punto: la validez de la constitución para otorgar facultades legislativas depende de una regla, que como las reglas intermedias de nuestro ejemplo, otorgan criterios de validez para determinar las normas inferiores, pero que a diferencia suya no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas. La regla de reconocimiento es la única norma jurídica que no debe su existencia a la validez sino, como las reglas sociales, a su aceptación por parte de los funcionarios.

¿Suena parecido a la norma hipotética fundamental? Hart dirá que no, que a diferencia de otras normas últimas la regla de reconocimiento puede ser establecida empíricamente observando el actuar de quienes la usan, de los jueces.⁶⁵

Hart señala que “cuando después de decir que una norma particular es válida porque satisface la regla de que lo que la Reina en el Parlamento (voluntad del soberano) sanciona es derecho, sostenemos que esta última regla es usada en Inglaterra por los tribunales, funcionarios y particulares como regla de reconocimiento última hemos pasado de un enunciado interno de derecho que afirma la validez de una regla del sistema a un enunciado externo de hecho, que un observador podría hacer aunque no aceptara el sistema.” “...cuando pasamos al enunciado de que la regla de reconocimiento es excelente, hemos pasado de un enunciado de validez jurídica a un enunciado de valor.”⁶⁶

Algunos autores, al referirse a la regla de reconocimiento última del sistema han sostenido que mientras otras reglas deben su validez a la regla de reconocimiento, la validez de ésta debe ser postulada, darse por admitida, o que se trata de una hipótesis. Hart cree que esto puede llevar a confusión pues se debe reconocer que cuando se sostiene la validez de una norma cualquiera en realidad también se están presuponiendo algunas cosas. Esas cosas que se presuponen son: a) la regla de reconocimiento que permite sostener la validez de la norma que se afirma, b) la regla de reconocimiento no solo debe ser aceptada por quien la usa sino que debe ser la que efectivamente se usa en ese sistema jurídico. De ponerse en duda esta presuposición, puede ser establecida su verdad por referencia a la práctica efectiva de los tribunales y la aquiescencia o aceptación general frente a ellos.

Por último, Hart sostiene que la regla de reconocimiento no puede ser válida o inválida, simplemente se la acepta. Pero eso no puede ser descrito mediante conceptos como “se da por admitida pero no puede ser demostrada” u otros similares. Ello porque

⁶⁵ Muchos filósofos del derecho llegan al asunto de una regla última, un criterio último, una teoría última o algo por el estilo: la voluntad del soberano en Austin, la norma hipotético fundamental de Kelsen, la voluntad del soberano en Bentham, los principios de individuación de Raz, la voluntad del soberano el Hobbes, la voluntad soberana en el artículo primero del Código Civil, etc. La diferencia de Hart es que no establece un modelo teórico sino profesional, el criterio último depende de los jueces. Hart es el único juez en el grupo. Mención aparte merece el juez Hércules de Dworkin al que nos referiremos luego.

⁶⁶ Hart Ob. Cit., p. 134

oculta el carácter fáctico de la segunda presuposición que señalamos respecto de los enunciados normativos. En definitiva la existencia de una regla de reconocimiento solo existe como práctica concordante, pero compleja, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho con referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hechos.

Dworkin señala que Hart ha evitado caer en el reduccionismo de Austin al identificar la fuerza obligatoria del derecho con el uso del poder. Mantiene la tesis de que las normas pueden ser creadas mediante la actividad de determinados funcionarios, pero “encuentra la autoridad de dichas normas en el conjunto de estándares constitucionales que sirven de telón de fondo a su actuación; estándares constitucionales que han sido aceptados en la forma de una regla de reconocimiento, por la comunidad a la cual rigen”.⁶⁷ Así, las normas adquieren el “matiz” de obligación del que carecían las órdenes de Austin.

Ruiz Tagle sostiene que de acuerdo con Hart para determinar la existencia de un sistema jurídico solo se requiere la aceptación de los funcionarios, y la obediencia de los ciudadanos⁶⁸ ¿Por qué Dworkin deforma las cosas y dice que la institución que crea, reconoce y aplica las normas “encuentra la autoridad de dichas normas en el conjunto de estándares constitucionales que sirven de telón de fondo a su actuación; estándares constitucionales que han sido aceptados en la forma de una regla de reconocimiento, por la comunidad a la cual rigen”?

Hart sostiene que efectivamente como requisito conceptual mínimo no es necesaria la aceptación de las reglas de derecho por parte de los ciudadanos, sin embargo dice algo más: “en un caso extremo el punto de vista interno (...) podría limitarse al mundo oficial. En este sistema más complejo solo los funcionarios podrían aceptar y usar los criterios de validez jurídica del sistema. La sociedad en que ocurriera eso podría asemejarse deplorablemente a una nación de borregos, y como éstos, terminaría en el matadero.”⁶⁹ Luego de este comentario presenta el tema titulado “La patología de un sistema jurídico”. Creemos que este comentario de Hart basta para darle la razón a Dworkin, efectivamente puede haber un sistema jurídico en que la aceptación se reduzca a los funcionarios, sería el sistema jurídico del matadero.

A pesar de lo recién dicho, Dworkin sostiene que la versión de positivismo de Hart se parece a la de Austin en que ambos reconocen que las normas jurídicas tienen límites inciertos, tienen una “textura abierta”, y dan cuenta de los casos difíciles señalando que los jueces ejercen discreción para decidirlos mediante una legislación nueva.

⁶⁷ R. Dworkin, Ob. Cit., p 71

⁶⁸ P. Ruiz Tagle Ob. Cit, p. 189 dice “los ciudadanos comunes pueden cumplir el derecho solo por temor: el temor a la sanción que les aplicarán los funcionarios si incumplen sus obligaciones” El problema de plantear las cosas así es que el avance que se logró con la teoría práctica de las reglas de Hart queda en nada si en definitiva lo único que se ha hecho es reemplazar al soberano por una casta burocrática que se mira a sí misma como habilitada por reglas secundarias de derecho.

⁶⁹ Hart, Ob. Cit., p 146

2.3 LA TEXTURA ABIERTA DEL DERECHO

El derecho para guiar la conducta debe recurrir a pautas generales. Por eso se refiere fundamentalmente, aunque no exclusivamente, a clases de personas y a clases de actos, cosas y circunstancias.

Dos técnicas principales se ha usado para comunicar esas pautas generales: en una, dice Hart, se ha hecho un uso máximo de las palabras clasificadoras generales, es la legislación, y en la otra se ha hecho un uso mínimo, es el precedente.

La comunicación de pautas de conducta por medio de precedentes responde a la idea de la imitación de conducta. Por lo tanto, supone que quien hace de modelo se concibe a sí mismo adhiriendo a las pautas tradicionales y así es concebido por los demás. Este modelo presenta grandes campos abiertos a la ambigüedad, ¿cuál es exactamente la conducta que debe ser imitada? Cuando el padre se saca el sombrero al entrar a la iglesia: para el niño ¿es relevante sacarse el sombrero con la mano izquierda o derecha?, ¿rápida o lentamente? Hart sostiene que en esto el receptor del mensaje debe guiarse por el sentido común y por el conocimiento general sobre las cosas y los propósitos que son considerados importantes.

En contraste con esas indeterminaciones, la legislación, que comunica las pautas mediante formas generales explícitas de conducta, parece clara, segura y cierta, así “todos los hombre deben sacarse el sombrero antes de entrar a la iglesia” parece no suscitar las dudas del ejemplo anterior. Hart recuerda que gran parte de la teoría jurídica de la primera mitad del siglo XX se dedicó a mostrar en qué medida esa determinación no era tal. El ejemplo lo pone Dworkin. A los bebés varones ¿se les debe quitar los gorritos al entrar a la iglesia?

En realidad no existe ese contraste entre la incerteza del precedente y la certeza de la legislación, pues en los casos particulares el uso de conceptos generales puede suscitar serias dudas. En todos los campos de la experiencia hay un límite a la orientación general inherente al lenguaje. Hay por supuesto casos obvios, pero junto a ellos siempre habrá casos que solo exhiben algunas de las características de los casos obvios. Los métodos de “interpretación” pueden disminuir esas incertidumbres pero no pueden eliminarlas. Ello porque esos métodos son a su vez reglas generales sobre el uso del lenguaje y en tanto que reglas están sometidas a las mismas incertidumbres que las reglas que interpretan.

Esta incertidumbre de las reglas no puede ser evitada en el derecho pues quien formula las reglas siempre está en una situación de relativa ignorancia respecto de las situaciones de aplicación futura de esas reglas. Por otra, parte siempre habrá una relativa indeterminación de propósitos que impide interpretar, en los casos concretos, de una manera unívoca las reglas a riesgo de sacrificar de entre propósitos concomitantes, algunos valiosos pero inconciliables con nuestra interpretación de las reglas.

Frente a esta característica en el uso de reglas han surgido teorías jurídicas

extremas y opuestas. El formalismo jurídico pretende negar o minimizar la existencia de la elección que supone la aplicación de cualquier regla. Una forma de lograr eso es congelar el significado de la regla. Así sus términos generales tendrán siempre el mismo significado en todos los casos de aplicación. Se puede decir que las características del caso obvio son a su vez necesarias y suficientes para que cualquier caso que comparta esas características, todas ellas y solo esas, quede comprendido en la regla. Esta aplicación se hace cualquiera sean las consecuencias sociales que tenga incluir ciertos casos o excluir otros que de aplicar las reglas de una manera más flexible quedarían incluidos o excluidos.

Cuando cualquier concepto tiene siempre el mismo significado, en todas las aplicaciones posibles de la regla que lo contenga, y se omite por completo hacer una interpretación del término a la luz de las cuestiones que están en juego en las diversas reglas que contienen el concepto, nos encontramos en el “paraíso de los conceptos” al que aspira el formalismo.

Pero de hecho, el derecho en todos los sistemas jurídicos, dice Hart, concilian dos necesidades sociales: por una parte, cierta seguridad en el uso de reglas generales que permitan a los particulares su comprensión y seguimiento y por otra la necesidad de dejar abiertas ciertas cuestiones que deben ser resueltas mediante una elección oficial informada, que solo se produce cuando se presenta el caso particular.

Hart describe dos métodos de este segundo objetivo de los sistemas jurídicos:

Las leyes que se limitan a establecer guías muy generales pues los casos a los que se deberán aplicar son aspectos socialmente importantes pero impredecibles, dejando a ciertos órganos administrativos la determinación más precisa de reglas aplicables. Así por ejemplo, la ley puede determinar que ciertos procesos industriales sean seguros desde el punto de vista laboral y entregar a un organismo administrativo la tarea de determinar qué es específicamente lo que dichos procesos deben cumplir para ser considerados seguros. Dichos órganos administrativos podrán efectuar un estudio de la situación de hecho que de alguna forma es análogo al la investigación que se realiza en un proceso judicial y que es imposible predecir en el momento de creación de la ley.

Una segunda técnica análoga a la anterior se usa cuando resulta imposible determinar con anticipación el tipo de conducta específica que debe ser realizada u omitida de manera uniforme. En estos casos se exigen adecuaciones a estándares variables antes de la identificación oficial y puede ser el caso que quien debía cumplir dicho estándar se entere *ex post facto* que incumplió el estándar. Los casos más típicos son los referidos a las normas de negligencia, en el caso del derecho anglosajón el *due care* o debido cuidado. Hay por supuesto casos obvios de debido cuidado como parar en las intersecciones de los trenes (“pare mire y escuche”.) Hart recuerda que mediante la aplicación de estándares de debido cuidado se intenta lograr que se tomen precauciones suficientes para evitar daños y a la vez que dichas precauciones no sean tales que impliquen un sacrificio demasiado grande de otros intereses en juego.

Mediante la consideración de estos dos tipos de reglas Hart señala que por contraste se puede observar ahora el funcionamiento de las reglas que exigen acciones específicas y que solo presentan una periferia de textura abierta. Se caracterizan las áreas definidas

por reglas, por el hecho de que tienen tal importancia práctica que muy pocas cosas concomitantes pueden incidir en una consideración distinta a la que establece la regla. Pone el ejemplo de matar a otro. La prohibición de matar a otro se impone por el valor de la vida humana. Dicho valor es tal, que en concomitancia con otros valores, de alguna manera los domina. En este caso puede omitirse la técnica del estándar que de aplicarse sería algo como “debido respeto por la vida humana”. Sin embargo, pueden existir algunos casos que merezcan consideración, por ejemplo el homicidio en legítima defensa. Dichos casos son establecidos en la forma de una excepción a la regla general. A diferencia de los estándares más generales, las reglas funcionan por medio de determinación precisa de conductas que puede estar matizada por excepciones.

Esta técnica no solo se reserva para la defensa de los grandes valores sino que se usa pragmáticamente. Por ejemplo, puede no ser una cuestión trascendental para la vida en sociedad si el plazo para interponer un recurso es de seis o de diez días, pero una vez que se determina permite algo que es de mucha importancia: la existencia de procedimientos fácilmente identificables y uniformes. Por procedimientos no hay que entender, a pesar del ejemplo, procedimientos judiciales. Por ejemplo la ley del tránsito o las reglas que rigen la propiedad inscrita pueden pertenecer a esta categoría de hechos que pueden ser establecidos de manera precisa.

Dijimos que la teoría jurídica había tenido reacciones extremas opuestas al hecho de la indeterminación de las reglas. Además del formalismo Hart se ocupa ahora del escepticismo ante las reglas.

El escepticismo ante las reglas puede plantear en términos generales que no existe tal cosa como el seguimiento de reglas, que por el contrario, el derecho consiste simplemente en la decisión de los tribunales y la predicción que se haga de esas decisiones. Si se plantea así sin hacer una distinción entre reglas primarias y secundarias la pretensión del escepticismo es claramente incoherente. En efecto, si no hay reglas secundarias que determinan la existencia de tribunales, el escepticismo sostendrá la inverosímil posición que predecirá que habrá tribunales, o que los tribunales sostendrán que habrá tribunales y que eso es predecible o algo así. Así será imposible distinguir entre la decisión de un particular y la decisión de un tribunal, pues el carácter especial de la decisión del tribunal, esto es, su autoridad, solo es sostenible cuando existen reglas secundarias.

Una versión más modesta de la teoría podría sostener que para que haya tribunales debe haber reglas que los constituyan, sin embargo aún así se podrá decir que las leyes no son derecho sino fuentes del derecho pues serán los tribunales los que en definitiva aplicarán las reglas legales resolviendo la aplicación de esas reglas. Pero eso requiere admitir que existen reglas que constituyen al legislador, ya que la teoría no niega que existan leyes sino que éstas sean derecho.

Podemos sostener que a lo mejor el escepticismo nunca negó el carácter de reglas a las reglas secundarias sino que solo se refirió a la aplicación que de las reglas primarias hacen los tribunales. Sin embargo, esta posición también es falsa pues niega que respecto de algunas esferas del comportamiento social los individuos exhiben una actitud incompatible con el escepticismo: el punto de vista interno respecto de las reglas. Los

individuos hacen uso de las reglas de una manera normativa y no como predicciones de lo que resolverán los tribunales, sin duda, sostiene Hart, se trata de reglas con textura abierta y en los casos donde haya que hacer aplicación de una regla en su área abierta los individuos solo podrán predecir como actuarán los tribunales y ajustar su conducta a esa predicción.

Esta última afirmación es importante porque permite concluir que Hart supone que la aceptación de las reglas depende en gran medida del consenso que haya respecto de su uso. Si estamos en una situación en que la aplicación de una determinada regla es dudosa por sus términos, no podrá determinarse con precisión lo que exige el derecho respecto de esa conducta. Esto será central en la afirmación de Dworkin de que el derecho determina respuestas correctas a pesar de la falta de consenso.

El escepticismo sostiene que no hay nada que permita guiarnos en medio de las reglas dada su textura abierta. De ello se sigue la conclusión de que es absurdo sostener que los jueces puedan tener alguna obligación al decidir un caso. Hart propone que sí la tienen, por lo menos respecto de los “casos fáciles” y Dworkin sostendrá la extraña posición de que incluso en los “casos difíciles” hay una obligación que impone el derecho a los jueces.

Un argumento adicional del escepticismo ante las reglas tiene que ver con el proceso mental de toma de decisiones frente a las reglas. Para el escepticismo esto equivale a sostener que cuando los jueces deciden un caso, lo hacen de manera intuitiva sin pensar en las reglas y que cuando dan con la solución buscan las reglas que se acomodan a esa solución. En otras palabras el uso de reglas sirve solo como reconstrucción racional de la decisión.

Hart concuerda con el hecho de que algunas veces cuando las personas siguen reglas lo hacen de manera intuitiva, sin pensarlo. Cuando seguimos las reglas del tránsito lo hacemos de manera automática. Pero si se nos pregunta por qué hemos parado frente a la luz roja o se nos reprocha hacerlo, estamos dispuestos a justificar nuestra decisión haciendo referencia a la regla que hemos seguido. Para Hart esto es una forma de seguir reglas, se trata del hecho de que estamos dispuestos a usar la regla como guía y además como referencia para justificar o criticar nuestras actitudes y las del resto.

Hart reconoce que algunas decisiones judiciales pueden haber sido dictadas de la manera propuesta por el escéptico irremediable, pero cree que la mayoría de ellas son logradas por medio del esfuerzo genuino de ajustarse a las reglas conscientemente aceptadas como pautas y criterios de decisiones. Más aún, podríamos agregar que de ser estadísticamente cierto que en la mayoría de los casos los jueces usan las reglas como reconstrucción racional, entonces estamos frente a un caso de degradación de la función judicial. Hart no dice esto pero parece perfectamente legítimo sostenerlo.

El argumento de Hart es un argumento performativo; el enunciado descriptivo de que el derecho es algo, sea lo que sea, va acompañado por una fuerza ilocutoria que está, en realidad, valorando lo que debe ser el derecho. De este argumento performativo de Hart podemos deducir la legitimidad de nuestro propio argumento consistente en que por medio de una teoría descriptiva del derecho hemos llegado a una conclusión valorativa. Que esto se pueda hacer debe ponernos en alerta frente a las pretensiones

metodológicas que niegan la posibilidad de “pasar” de enunciados fácticos a enunciados valorativos, pretensión muy típica del positivismo. ¿Qué pasa si no nos referimos a un argumento aislado, sino a la teoría completa de Hart, o al positivismo como modelo teórico? El positivismo nos está señalando de una manera explícita lo que debemos entender por derecho ¿No implica eso que, de una manera tácita, nos está diciendo qué debe ser el derecho?⁷⁰

Una última versión del escepticismo ante las reglas se funda, no en el carácter abierto de las reglas o en el carácter intuitivo de nuestras acciones sino en el carácter último de la autoridad de la decisión de los tribunales superiores.

Se trata de confundir el carácter definitivo de las resoluciones de carácter último con su infalibilidad. Hart recuerda que cuando se incluyen normas de segundo grado en el sistema jurídico las reglas de primer grado no pierden su carácter de reglas por ese hecho. Si se ha establecido una instancia final, no sujeta a revisión ello no altera la naturaleza de aplicación de reglas de sus decisiones, lo que hace es otorgarle una autoridad distinta.

⁷⁰ La teoría de los actos performativos o realizativos (dependiendo la traducción) fue desarrollada por J. Austin en *Palabras y acciones*, Ob. Cit. y se refiere a la suposición de que los únicos enunciados que presentan algún interés teórico son los enunciados descriptivos, es la “falacia constativa”. Además de los enunciados descriptivos existen otros enunciados en el lenguaje que cumplen una función diferente a la de describir un cierto estado de cosas en el mundo, por ejemplo podemos sugerir, aprobar, desaprobar, prometer, perdonar etc. Austin llama la atención que en esos casos, al expresar dichos enunciados estamos haciendo algo distinto al mero hecho de pronunciarlos, así, expresiones como “prometo pagártelo el viernes” poseen la peculiaridad de que al pronunciarlas estamos llevando a cabo una acción, estamos, en realidad, haciendo cosas con las palabras: prometer, suplicar, ordenar, persuadir etc. En ese sentido un argumento performativo se da cuando lo que hacemos con lo que decimos es de una entidad distinta al mero sentido de lo que estamos diciendo, un ejemplo de eso es la ironía. La fuerza ilocutoria o ilocucionaria (dependiendo la traducción) es justamente ese acto que llevamos a cabo al decir algo: prometer, persuadir, y en el ejemplo de Hart recomendar.

CAPITULO 3. LA CRÍTICA DE DWORKIN AL POSITIVISMO

Dworkin sostendrá que el objetivo del libro *Los derechos en serio* es defender una teoría liberal del derecho. Dicha teoría se enfrenta con otra teoría que se considera liberal a la que llama la teoría dominante. Ésta tiene dos partes independientes: El positivismo jurídico, referido al problema de determinar qué es el derecho y por lo tanto, qué prescribe el derecho, y sostiene a grandes rasgos que la verdad de las proposiciones jurídicas depende de hechos sociales productores de reglas y nada más. La segunda parte se refiere a cómo debe ser el derecho, se trata del utilitarismo que sostiene que el derecho y sus instituciones han de servir al bienestar general y a nada más.

Ambas partes de la teoría dominante tienen su origen en Jeremy Bentham. La posición que adoptará Dworkin no solo criticará las dos partes de la teoría dominante sino que tratará de demostrar que no son recíprocamente independientes.

Es por eso que sostiene que una teoría general del derecho debe tener una parte conceptual y otra normativa. Ambas partes estarán entrelazadas de manera compleja y a su vez estarán relacionadas, especialmente la parte normativa, con una teoría moral y política más general que a su vez puede depender de una teoría acerca de la naturaleza humana o de la objetividad de la moral.⁷¹ La parte conceptual tendrá relaciones con la

⁷¹ Tanto de una teoría que proponga dicha relación como una teoría como la de Rawls que intente “dejar la filosofía como tal como está”.

filosofía del lenguaje y con la lógica.

El último intento en el mundo anglosajón de presentar una teoría general de derecho como se ha descrito fue el que hizo Bentham. La parte conceptual de dicha teoría fue mejorada por Hart y la parte normativa por el análisis económico del derecho. Diversas críticas ha recibido la teoría dominante pero Dworkin subraya que ninguna de ellas se ha basado en el hecho de que los individuos tienen derechos contra el Estado; derechos previos a los derechos creados a la legislación positiva. El positivismo no acepta la idea de que pueda haber algo así como derechos previos a la legislación. La razón de la teoría dominante para oponerse al reconocimiento de derechos previos a cualquier acto legislativo se puede encontrar en el fundamento metafísico del utilitarismo y positivismo de Bentham: el empirismo. El empirismo ha impuesto la necesidad de evitar las entidades metafísicas y fundar, lo que nos interesa, el estudio del derecho en los hechos. Ya vimos que el primer intento del positivismo falló. Fue el intento de basar el derecho en el hecho de la existencia del soberano.

Hart ha debido reemplazar la referencia simple de Bentham a los hechos brutos por una referencia que como vimos, MacCormick calificaba de hermenéutica. Hart ha debido reconocer que los hechos cuando se refieren a la conducta humana, tienen un significado y es ese significado el que dará la clave para entenderlos. Este avance se debe a los adelantos de la filosofía del lenguaje que le han permitido a Hart llevar las cosas mucho más lejos y de manera mucho más precisa que a Bentham. Pero aún se mantiene esa pretensión empírica en el positivismo de Hart.

La regla de reconocimiento, en tanto que regla, se puede reducir en última instancia a la conducta de los funcionarios encargados de aplicarla con autoridad. Por otra parte, la referencia a hechos institucionales como fuente del derecho mantendrá la pretensión de que no hay derechos contra el gobierno. Se llega a esta conclusión a partir de la observación de Hart de que en los casos controvertidos los jueces gozan de discreción para resolverlos, o lo que es igual, no están obligados a resolver en un determinado sentido. De esto se puede inferir que el positivismo de Hart se basa en el convencionalismo.⁷²

En respuesta Dworkin sostiene en primer lugar, que en los hechos, jueces y abogados recurren a un tipo de estándar que el positivismo no reconoce: los principios. El estudio de los principios es su respuesta conceptual (nosotros preferimos: descriptiva) al positivismo. En segundo lugar la descripción de los principios debe hacerse tomando en cuenta que las personas tienen derechos contra el gobierno, y el principal de esos derechos es el derecho a la igual consideración y respeto. La parte normativa de la teoría es la exposición de su teoría de los derechos que representa una objeción realista a la tesis convencionalista del positivismo hartiano.⁷³

La parte normativa de la doctrina de Dworkin depende de su relación con la teoría de John Rawls expuesta en *La teoría de la justicia*. Tanto en la medida en que Rawls ha reformulado algunos de sus planteamientos en sus obras posteriores (*Liberalismo*

⁷² Por convencionalismo debemos entender la teoría que postula que la ontología del derecho se reduce única y exclusivamente al acuerdo de los partícipes en una determinada práctica social. En Hart esto se traduce en que la práctica normativa en el uso de la regla reconocimiento identifica el derecho en una sociedad dada.

), como la medida en que el propio Dworkin ha relativizado su postura de la respuesta correcta en su obra posterior⁷⁴ hemos decidido dejar entre paréntesis la cuestión sobre la existencia de entidades jurídicas que estén más allá de nuestras convenciones. Nos concentraremos en el argumento fáctico de que el positivismo que defiende la teoría de las fuentes no es capaz de enfrentar la objeción de que en los hechos jueces y abogados recurren a argumentos morales para justificar ciertas decisiones.

El positivismo se basa en algunos principios claves. Para Dworkin estos son:

1. El derecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales destinadas a determinar qué conductas serán castigadas o sometidas a coerción por parte del Estado. Estas normas pueden ser determinadas mediante procedimientos específicos que no se relacionan con su contenido, sino con su origen o *pedigree*, o con la manera en que fueron adoptadas o evolucionaron. Mediante estas pruebas de origen se puede separar a las normas jurídicas de otro tipo de normas.

2. El conjunto de esas normas jurídicas agota el concepto de derecho. Si alguna persona se encuentra en una situación que no está claramente cubierta por alguna de dichas normas, entonces ese caso no puede decidirse “aplicando la ley”, sino que por medio de la discrecionalidad del juez, o el funcionario llamado a decidir, buscando un estándar más allá del derecho, o creando uno nuevo o adaptando alguno ampliando su sentido.

3. Decir que se tiene una obligación jurídica significa que se está en un caso cubierto por una norma jurídica que exige hacer algo o prohíbe hacer algo. Si no hay norma jurídica entonces no hay obligación jurídica.

3.1 LOS PRINCIPIOS

El centro del ataque de Dworkin contra el positivismo es que cuando los juristas discuten sobre derechos y obligaciones, especialmente en casos difíciles, recurren a estándares que no funcionan como normas, sino como principios, directrices políticas y otras pautas de comportamiento. El positivismo, es por el contrario, un sistema para normas de fuente única, la legal, que excluye el papel que juegan las otras directrices.

Dworkin señala que usa el concepto “principio” en dos sentidos: a) como genérico de principios, directrices políticas y otros tipos de pautas, b) en otros casos usa un concepto más específico de principio y directriz política. Llama directriz o directriz política a un tipo de estándar que propone un objetivo social a alcanzar, generalmente alguna mejora económica, política o social. Principio es un estándar que debe ser observado, no porque

⁷³ Por realismo debemos entender la teoría sobre la ontología del derecho que postula la existencia de entidades no sujetas a convención que determinan la verdad o falsedad de un enunciado normativo. Un ejemplo típico es la teoría de los derechos morales que son anteriores a su reconocimiento por parte del sistema jurídico.

⁷⁴ Fundamentalmente en su tesis de la novela legal en serie contenida en *El imperio de la justicia*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1988.

estimule o tienda hacia algún objetivo, sino porque es una exigencia de la justicia, o la equidad o alguna otra dimensión moral. Ejemplo: el principio de la buena fe en materia contractual.

La diferencia entre principio y norma es una diferencia lógica, las normas son aplicables de manera disyuntiva, esto significa que, o se aplica porque se dan los presupuestos de su aplicación y es válida, o no se aplica. Se trata, como señala Enrique Barros, de una “pauta de conducta más bien neutral pues no exige deliberación. Ello se expresa en la formulación lingüística de las reglas como juicios hipotéticos: dada cierta circunstancia, se debe actuar de cierta manera. Por eso la aplicación de la regla es, típicamente, un problema de constatación de los hechos y no de razonamiento”.⁷⁵

Los principios no se aplican así, ni siquiera los más parecidos a una norma (como el caso de que nadie se puede aprovechar de su propio dolo) pues si bien ese es un principio de derecho hay casos en que la ley permite dicha situación. Por ejemplo: la *usucapión* o prescripción adquisitiva. Los ejemplos de casos en que la ley permite aprovecharse del propio dolo no son excepciones al principio, pues no pueden formar parte de un enunciado más completo del principio que los contenga a todos. No están ni siquiera sujetos a enumeración, aunque dicha enumeración puede servir a la hora de evaluar el “peso del principio”. Aún más, un principio como el que se ha citado ni siquiera intenta establecer las condiciones en que debe aplicarse o no. Enuncia una razón para decidir, pero no exige una decisión particular. Barros indica que los principios no se expresan en juicios hipotéticos, sino en juicios categóricos. Eso significa que el principio contiene una prescripción que debe ser determinada deliberativamente y que “aspira a ser aplicada en todas las situaciones posibles”.⁷⁶

Esta diferencia trae como consecuencia otra: En los principios existe la dimensión del peso o importancia. En caso de interferencia de principios opuestos, quien resuelve debe tener en cuenta el peso relativo de dichos principios. Las reglas no tienen esa dimensión, las reglas son o no son válidas.

Si se da un conflicto entre dos reglas una de ellas no puede ser válida. La decisión de cual debe ser aplicada y cual no, se hace sobre la base de consideraciones que trascienden a esas normas. Un sistema jurídico puede regular tales conflictos mediante otras normas, que pueden señalar que se aplica la norma superior, la posterior, la norma más específica, etc.

La primera sección de la *Sherman Act* establece que todo acto que restrinja el comercio será nulo. La Corte Suprema de Estados Unidos de América tuvo que decidir si dicha disposición debía ser tratada como norma; lo que implica que anula *todo* contrato que restrinja el comercio, o como un principio, que da una *razón* para anular un contrato cuando restringe en comercio, y decidió que era norma. Pero tuvo en cuenta que la norma contenía la palabra “irrazonable” de tal manera que la disposición funciona lógicamente como norma, es decir, cuando hay una restricción irrazonable el tribunal está

⁷⁵ Enrique Barros, *Reglas y principios en el derecho*, publicado en los materiales de estudio del curso de derecho civil primer año 1995, p. 271.

⁷⁶ E. Barros, Ob. Cit, p 271.

obligado a declarar la nulidad, y sustancialmente como principio, el tribunal debe tener en cuenta multiplicidad de principios y directrices para determinar si una restricción en particular es irrazonable.

Otras palabras como “razonable”, “negligente”, “mala fe” etc. cumplen precisamente esa función, es decir hacer que la aplicación de una norma dependa, hasta cierto punto de determinados principios. Sin embargo no convierte a la norma en un principio, pues incluso en el caso de los términos menos restrictivos, se limita el tipo de los otros principios y directrices que determinarán si se aplica o no la norma. Se trata de las técnicas que describió Hart a propósito de la necesidad que tiene el derecho de dejar ciertas cuestiones abiertas que deben ser resueltas mediante la decisión oficial informada. (Ver capítulo 2.3)

Donde más fuerza tienen los principios es en los casos difíciles, esto es, los casos donde la aplicación de una norma particular está tan justificada como injustificada.⁷⁷ Una vez que se ha decidido el caso se puede decir que el fallo ha creado una norma. Por consiguiente, el análisis del concepto de obligación jurídica debe dar razón del papel que juegan los principios cuando se llega a determinadas decisiones jurídicas.

Se puede ver el asunto de dos formas distintas. a) Se puede tratar a los principios tal como se trata a las normas jurídicas, señalando que algunos principios son obligatorios. De esa manera el “derecho” incluye a dichos principios tanto como a las normas. b) Podemos negar que los principios puedan ser obligatorios de la manera en que lo son las normas. En casos como los citados, el juez va más allá de las normas para aplicar principios extra-jurídicos.

Esta opción entre dos conceptos de principio es análoga a dos conceptos de norma, uno de los cuales se relaciona con lo que decimos cuando alguien “tiene por norma” hacer algo, por ejemplo, ir al cine el miércoles. Dicho concepto de norma es distinto al que está implicado en la frase “alguien está obligado por una norma”.

En el caso de las normas se pueden describir que son seguidas por los jueces de dos maneras distintas: a) podemos decir que los jueces acostumbran no imponer el cumplimiento de un testamento cuando no está firmado por tantos testigos, o b) podemos decir que una norma jurídica obliga a los jueces a no imponer el testamento cuando no está firmado por tantos testigos.

En el segundo caso, de no cumplirse con la norma se puede decir que el juez ha actuado de manera incorrecta, mientras que en el primero, a lo más se podrá decir que ha actuado de manera rara. Es lógico suponer que los positivistas no se quedarían satisfechos con la opción de que los jueces acostumbran hacer algo en el sentido de que “tienen por norma”. De lo contrario, dejan de ser positivistas y se transforman en escépticos de las normas, nominalistas, realistas, neorealistas, marxistas o cualquier otra

⁷⁷ E. Barros señala que los casos difíciles pueden referirse al menos a tres situaciones distintas: a) la aplicación de una norma particular puede estar tan justificada como injustificada producto de la indeterminación del lenguaje en que esta expresada la regla; b) La simple falta de previsión del derecho respecto de un caso, es decir, los casos donde ni siquiera hay alguna norma que suscite la duda; y, c) casos en que existiendo una regla de derecho que sin lugar a dudas puede aplicarse al caso, dicha aplicación resulta incua o contraproducente.

cosa.

Dworkin supone que esta forma de describir la relación entre norma y obligación de los jueces es análoga a la que podemos hacer en el caso de los principios. Así, desde el punto de vista “a” los principios son vinculantes para los jueces. La importancia de esto es que, visto así, el juez, en un caso difícil, intenta imponer el cumplimiento de derechos y deberes preexistentes. Pero si adoptamos el punto de vista contrario, entonces lo que hace es, por ejemplo, privar de la propiedad a alguien en el ejercicio de su discreción aplicando un estándar creado *ex post facto*.

En el esquema básico de positivismo descrito por Dworkin, se dijo que cuando un caso no se puede subsumir claramente a una norma, entonces el juez puede recurrir a la discreción judicial estableciendo una nueva disposición jurídica. Para Dworkin hay una relación entre esto y las formas alternativas de enfocar el problema de los principios señalado recién. Si se sostiene que no existe la discreción judicial es decir, la posibilidad de crear normas jurídicas *ex post facto* cuando las reglas de derecho son indeterminadas es porque los jueces aplican principios jurídicos obligatorios.

Las teorías positivistas subordinan la función judicial a la legislativa. Los jueces deben aplicar el derecho existente y no crear uno nuevo. Pero cuando lo hacen deben actuar como representantes del legislativo. A dicha subordinación Dworkin agrega que cuando legislan no solo actuarán como diputados sino como representantes de la legislación, es decir, motivados por el tipo de razonamientos y pruebas similares a las del legislativo. Es un nivel de subordinación más profundo, pues la comprensión de lo que hacen los jueces en casos difíciles depende de la comprensión previa de lo que hacen continuamente los legisladores. Es entonces, una subordinación tanto conceptual como política.

“De hecho los jueces no son ni deben ser legisladores”. El argumento de que cuando van más allá de las decisiones políticas del pasado, de las leyes, están legislando, es equivocado pues pasa por alto la distinción de la teoría política entre argumentos de principios y argumentos políticos.

3.1.1 Argumentos de principios y argumentos políticos

Los argumentos políticos justifican una decisión demostrando que sirve a alguna meta colectiva de la comunidad. Los argumentos de principios justifican una decisión política demostrando que respeta o asegura algún derecho individual o colectivo.

No son los únicos argumentos posibles. Un programa legislativo de alguna complejidad exigirá, por lo común, ambos tipos de argumentos. Es competencia del poder legislativo obrar con arreglo a argumentos políticos. Si los jueces son delegados del poder legislativo, entonces es lógico esperar que actúen en base a esos mismos argumentos. En casos simples, actúan de acuerdo a argumentos de principios. Pero cuando no hay ley que resuelva el asunto entonces podría pensarse que la solución al caso podría provenir tanto de un argumento de principio como de uno político.

Se pueden plantear dos objeciones al poder creador de derecho del juez. La comunidad debe ser gobernada por personas elegidas y responsables por y ante el

pueblo. Como los jueces no son elegidos por la mayoría ni son responsables ante ella, sus facultades legislativas comprometen esta postura. Por otra parte, si un juez legisla y aplica retroactivamente la norma al caso, entonces la parte perdedora no habrá sido castigada por haber infringido una obligación existente, sino un deber creado con posterioridad. Estas dos objeciones son mucho más poderosas en lo referido a las decisiones basadas en argumentos políticos que en argumentos de principios.

Respecto de la primera objeción, cuando pensamos en la legislación como política, es decir como un compromiso entre objetivos y propósitos individuales en aras al bien común, no parece permitir ninguna excepción. El que jueces no electos puedan tomar este tipo de decisión a puertas cerradas no parece ser la mejor opción.

La segunda objeción también es convincente en relación con las decisiones basadas en directrices políticas. No parece conveniente privar a un individuo de su propiedad para dársela a otro con el solo objetivo de mejorar la eficiencia económica.

Las dos objeciones son menos oportunas cuando el tribunal se basa en argumentos de principios. La primera, porque los argumentos de principios se apoyan en supuestos indiferentes a las distribuciones de intereses de la sociedad.⁷⁸ El interés al que atiende un argumento de principio es tal que no da cuenta de las sutilezas que pueden operar en los argumentos políticos. Por otra parte, es más adecuado a un juez argumentar basándose en principios, pues los intereses de la mayoría además de vulnerar el respeto a la responsabilidad política de la función judicial, resultan difíciles de desentrañar para el juez, debido a que normalmente está, en razón de su cargo, alejado de las exigencias de la mayoría.

La segunda objeción no tiene fuerza contra una decisión basada en argumentos de principios. Si el demandante tiene un derecho en contra del demandado es porque este tenía el deber correlativo. Es este deber el que justifica el fallo. Aún si el deber no fue impuesto por una legislación previa. La diferencia sería que de haber legislación el demandado no podría alegar el factor sorpresa. El contrargumento es que si el demandante tiene efectivamente derecho a una decisión en su favor, entonces tiene un título que el demandado no puede ignorar simplemente porque no fue creado por una ley. Si hay dudas respecto de quien debe ganar entonces cualquier decisión será sorpresiva para cualquiera de las partes. Si decide, consideradas todas las cosas, que el demandante tenía derecho, entonces estará decidiendo también que tenía una mejor expectativa.

3.2 LA CRÍTICA A LA DISCRECIÓN JUDICIAL

Antes de atacar la tesis positivista de la discreción judicial Dworkin decide aclarar el concepto de discreción distinguiendo tres acepciones: a) en un sentido débil, se dice que hay discreción cuando simplemente quiere decirse que un funcionario no puede aplicar

⁷⁸ Este es el punto débil de la teoría, de hecho es fácil relacionar principios opuestos con intereses de sectores sociales opuestos.

mecánicamente una norma, pues debe hacerlo con discernimiento. b) un segundo sentido débil se usa para decir que en una organización jerárquica de funcionarios, alguien tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada ni anulada por otro. c) en sentido fuerte quiere decir que un funcionario puede tomar una decisión sin estar vinculado por ningún estándar impuesto por otra autoridad. En este sentido, sin embargo, discreción no es igual a libertad sin límites, y las decisiones tomadas aquí no están exentas de crítica. En casi cualquier decisión se ponen en juego estándares de racionalidad, justicia y eficacia.

Para los positivistas, los jueces gozan de discreción en los casos no contemplados por una norma. Para los nominalistas los jueces siempre cuentan con discreción, incluso cuando hay una norma clara que resuelve el caso, pues son los que tienen la última palabra en el caso. Ellos usan la segunda acepción de discreción. Para Dworkin, esta versión no tiene relación con el problema de la justificación de principios, ni tampoco con el de las normas así es que no lo toma en cuenta. (Recuérdese lo señalado por Hart a propósito de la tercera versión de escepticismo ante las reglas: Capítulo 2 sección 3)

Los positivistas no dan este sentido a la doctrina de la discreción, pues el juez no tiene discreción en los casos en que hay una norma claramente pertinente. Se puede decir que usan discreción en el primer sentido. Sus argumentos se refieren a que a veces las normas son poco claras (la textura abierta), o que hay casos en que ninguna norma parece adecuada para resolverlos. En esos casos los jueces deben pasar momentos difíciles tratando de desentrañar el argumento jurídico en que se basará su decisión.

El problema es que en este sentido, cuando no se cuenta con una norma clara se ha de ejercer la discreción (en el sentido de juicio) para resolver el problema, es tautológico y no implica negar la posibilidad de recurrir a principios jurídicos para tomar una decisión.

Hart dice que cuando está en juego la discreción judicial, ya no podemos decir que el juez esté limitado por normas, sino que tenemos que preguntarnos por las normas que usa de manera característica. Es decir que para Hart, cuando los tribunales ejercen la discreción, los principios que citan deben ser tratados como lo que suelen citar. Es decir como el enfoque “b” respecto de los principios.

Parece que entonces los positivistas usan el concepto de discreción en el sentido fuerte. Este sentido tiene que ver con el problema de los principios, pues lo que se pretende es negar que los principios puedan ser obligatorios de la manera en que lo son las normas. En casos como los citados el juez va más allá de las normas para aplicar principios extra-jurídicos.

¿Cuáles son los posibles argumentos de los positivistas para sostener que los jueces no están vinculados por los principios que citan en casos como los de *Riggs* o el de *Henningsen*?⁷⁹

a) Los positivistas pueden sostener que los principios no pueden ser lógicamente vinculantes para un juez. Para Dworkin esto es incorrecto pues no hay nada desde el punto de vista lógico para sostener que un principio no puede ser obligatorio. En los

⁷⁹ Se trata de algunos de los casos citados por Dworkin para apoyar su afirmación de que en la adjudicación se usan principios jurídicos. ver Dworkin Op. Cit., p. 73.

casos citados, continúa, si el juez hubiera optado por otra solución sus críticos no se habrían conformado con sostener que la resolución era improbable, o distinta a la manera estadística de fallar de los jueces en general, sino que habrían dicho que era su deber haber tomado en cuenta dichos principios y que el demandante tenía derecho a que así lo hiciera.

b) Se podría decir que sin perjuicio de que los principios pueden ser obligatorios, es decir que el juez debe tomarlos en cuenta, no pueden determinar un resultado en particular. Para Dworkin esto es así justamente porque los principios no son normas, pues solo las normas imponen resultados. Los principios orientan las soluciones, pero sobreviven aun si en estas no prevalecen.

c) Los principios no pueden considerarse derecho porque su autoridad y su peso son discutibles por naturaleza, en cambio la validez de una norma es determinable fácilmente mediante la regla de reconocimiento. Podemos defender un principio apelando a las prácticas, y otros principios, con referencia a las prácticas comunitarias etc., pero no hay un criterio válido para probar la solidez de un principio, pues es una cuestión de juicio. Pero en esto, sostiene Dworkin, no hay diferencia entre un juez y otros funcionarios sin discreción. Para explicar esto, propone un ejemplo: Si a un sargento se le ordena formar una patrulla compuesta por los hombres más experimentados, dicho sargento no tiene discreción para formar la patrulla. Sin embargo, deberá recurrir a su experiencia y juicio para determinar quienes son los más experimentados. El mismo Hart nos da ejemplos más jurídicos cuando pretendía definir el problema de la textura abierta daba ejemplos de conceptos jurídicos abiertos como “precio justo”, “proceso seguro” o “debido cuidado” que deben ser definidos mediante la experiencia concreta y el juicio. Dichos estándares son derecho a pesar de que los límites de su aplicación puedan ser discutibles.

Un modelo que tenga en cuenta la importancia de los principios tiene ventajas sobre un modelo que los excluya, y esto es lo que sucede con el positivismo. Aun más, si no se acepta que al menos algunos principios son obligatorios, entonces tampoco se puede sostener que algunas normas son obligatorias. Ello, porque no es raro que los tribunales, tanto en Inglaterra como en EEUU, omitan normas establecidas cuando su aplicación resulta injusta. Si los tribunales pueden modificar normas establecidas entonces naturalmente dichas normas no son obligatorias para ellos, y por lo tanto no son derecho según el modelo positivista. Por consiguiente, un positivista deberá reconocer que hay estándares que determinarán cuando un juez puede alterar o anular una norma establecida, y cuando no.

¿Cuándo entonces? Primero es necesario, aunque no suficiente, que el juez considere que el cambio favorece algún principio. Dicho principio sería el que justifique el cambio. Pero no puede ser cualquier principio, si no ninguna norma gozaría de la menor estabilidad. No puede depender de las preferencias del juez, porque de lo contrario no habría normas obligatorias. En segundo lugar, cuando un juez proponga cambiar una doctrina existente deberá tener en cuenta los principios que tienden a proteger el *statu quo*, los cuales en su conjunto sin llegar a ser un mandato, no permiten, por otra parte, decir que el juez tiene libertad para cambiar normas.

Entonces ¿Qué quiere decir que una norma sea obligatoria? Puede querer decir que

la norma cuenta con el apoyo de principios que el tribunal no es libre de ignorar, y que tienen más peso que otros principios que promueven el cambio. Caso en el cual los principios son tratados como si fueran derecho en el mismo sentido en que lo son las normas; como estándares que obligan a los funcionarios controlando sus decisiones de derecho y obligación jurídica.

Por todo lo dicho, Dworkin cree que se debe abandonar la doctrina de la discreción judicial. Pero los problemas para el positivismo no terminan aquí. Habrá que replantear la tesis de la regla de reconocimiento para que ésta pueda incluir los estándares a los que Dworkin llama genéricamente “principios”. En otras palabras habrá que revisar la primera tesis de positivismo: que el derecho de una comunidad puede ser identificado por referencia al origen o pedigrí de las normas y no a su contenido.⁸⁰

3.3 LA CRÍTICA A LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

La primera posibilidad que Hart da sobre la operación de una regla de reconocimiento es que ésta plantee que las normas de derecho son válidas cuando han sido creadas por algún órgano determinado. El problema es que la operatividad de los principios no se basa en que estos hayan sido promulgados por algún órgano, sino por la conveniencia u oportunidad que en la sociedad y el foro se les da. Esto explica una característica de los principios: los principios no pueden ser propiamente derogados sino que se “desgastan”.

Dworkin desarrolla la idea de que los principios han de contar con un “apoyo institucional” para poder justificar un argumento jurídico en base a ellos. Eso significa que deberíamos apoyarnos en fuentes institucionales como los preámbulos de las leyes, casos anteriores resueltos por aplicación de ese principio, leyes que lo ejemplifiquen, etc. De no lograr dicho apoyo, nuestra pretensión sería débil. Sin embargo, no puede haber un criterio que sirva para identificar y determinar con cuanto apoyo institucional cuenta un principio, menos aún fijar su peso. Para abogar por un principio en particular habría que referirse a un sin número de estándares, que se interrelacionan para darle mayor solidez. No podemos reunir todo eso y formar una regla de reconocimiento, sería demasiado compleja y además no tendría mucha relación con la imagen que Hart da de ese tipo de reglas. Esta especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo.⁸¹

Además, dicha técnica (el apoyo institucional) se diferencia de la regla de reconocimiento en que no está en un nivel totalmente diferente del principio que se trata

⁸⁰ Dworkin supone que existe una reciprocidad entre la distinción de normas y principios y la distinción entre criterios de pedigrí y de contenido. Sin embargo, Hart responde que es posible identificar principios tanto por su contenido como por su origen, y que, por otra parte, es posible que la regla de reconocimiento incorpore criterios de contenido además de criterios de origen. Ver capítulo 4.1.2 iii y 4.3.1.

⁸¹ Hart, Ob. Cit., p 117

de probar, como sí lo está la regla de Hart. La distinción entre aceptación y validez⁸² que establece Hart se desvanece. De hecho, el concepto mismo de validez, no es apropiado para los principios pues es un concepto sin matices y que por lo tanto no logra dar cuenta del peso de los principios.

Dworkin desarrolla una forma de interpretación en orden a defender algún principio. Se refiere a prácticas donde dicho principio aparece, pero también a principios que fundamentan esas prácticas, logrando con ello una “nota de validez en el acorde de aceptación”, en casos en que dichos principios son cuestionados, no se los defiende únicamente en función de las prácticas sino en función de sus relaciones recíprocas con otros principios y prácticas. Por ejemplo la libertad de expresión y la democracia.⁸³ Aquí los principios no convergen sino que coexisten.

En conclusión, aun cuando se apoyen es actos de instituciones jurídicas, los principios no tienen una relación lo suficientemente simple y directa como para poder enmarcarlos en función del criterio de una regla de reconocimiento.

Una segunda opción para justificar la obligatoriedad de un principio es el camino abierto por Hart al tratar la costumbre. Muchas normas antiguas de EEUU (las comerciales parecen ser el mejor ejemplo) no fueron nunca promulgadas por algún acto oficial. Para Austin dichas normas no eran jurídicas a menos que las reconociera el tribunal. Hart por el contrario, sostiene que la regla de reconocimiento podía estipular que algunas costumbres fuesen reconocidas como derecho antes de ser aplicada por los tribunales. Sin embargo, Hart no explora las fórmulas para poder aplicar la regla de reconocimiento en ese sentido. De hecho, no sirve decir que determinadas normas consuetudinarias son derecho porque son moralmente obligatorias, pues la función de la regla de reconocimiento es pasar de una sociedad prejurídica a una jurídica, y la diferencia es fundamentalmente el contar con normas jurídicas independientes de las reglas morales. Tampoco sirve decir que se reconocerá valor obligatorio a la costumbre que sea considerada obligatoria, porque así la regla de reconocimiento se transformaría en una regla tautológica: es obligatorio lo que se acepta como obligatorio.

La forma como Hart trata el problema de la costumbre es que acepta (muy limitadamente) que hay algunas reglas de derecho (además de la regla de reconocimiento) que no deben su obligatoriedad a la validez sino a la aceptación. Para Hart, sin embargo, las reglas consuetudinarias son una parte muy poco importante del derecho.

Dworkin ensaya la posibilidad de incluir a los principios en el rótulo de la costumbre. El problema es que con eso se reduciría muy exageradamente el ámbito de influencia de la regla de reconocimiento. Conjuntamente con las normas válidas determinadas por ella, convivirían todos los principios y directrices y todas las normas creadas por aplicación de esos principios, con el consiguiente efecto de volver inútil a la regla de reconocimiento.

⁸² Aceptación de la regla de reconocimiento y validez de las demás normas jurídicas.

⁸³ La democracia es buena porque hay libertad de expresión, la libertad de expresión es buena porque permite la democracia, y cosas como esas.

Una tercera posibilidad que Dworkin ensaya es señalar que dado que los principios son decisivos, se puede sostener que ellos forman la regla de reconocimiento del derecho. El asunto sería entonces enunciar todos los principios del ordenamiento jurídico, cuestión que descarta por imposible e inútil. Por otra parte si nos contentamos con decir que la regla de reconocimiento corresponde al conjunto de principios en vigor, volvemos a la tautología de decir que el derecho es el derecho.

Dworkin concluye que si se trata a los principios como derecho, debemos rechazar el primer dogma del positivismo, esto es, que las normas jurídicas pueden ser determinadas mediante procedimientos específicos que no se relacionan con su contenido sino con su origen, es decir mediante una regla de reconocimiento. También se ha abandonado el segundo dogma (la doctrina de la discreción judicial), ahora Dworkin se plantea el asunto del tercer dogma: el problema de cómo se determina una obligación jurídica.

Según esta doctrina en los casos difíciles el juez aplicaba su discreción y, por lo tanto, la obligación solo aparecía *ex post facto* pero abandonada la discreción, se puede decir que “existe una obligación jurídica siempre que las razones que fundamentan tal obligación, en función de diferentes clases de principios jurídicos obligatorios, son más fuertes que las razones o argumentos contrarios.”⁸⁴

La exposición de estos argumentos dieron origen a una importante polémica que llevaron a Dworkin a replantear el asunto desde una perspectiva más aguda que el mero hecho de que en los sistemas jurídicos hay importantes estándares que no pueden ser descritos mediante una regla de reconocimiento. Ahora Dworkin ensayará una crítica a la teoría práctica de las reglas sociales. Lo que está de fondo en la crítica es el argumento típicamente positivista que el derecho depende del consenso social.

3.4 LA CRÍTICA A LA TEORÍA PRÁCTICA DE LAS REGLAS

Hay una tesis general que depende de *El Concepto del Derecho*, que sostiene que no pueden existir derechos ni obligaciones de ninguna clase a menos que exista una práctica social y uniforme que reconozca tales derechos y obligaciones. Se trata de la tesis propuesta por la teoría práctica de las normas sociales que es una teoría general acerca de la existencia de normas, cualquiera sea su naturaleza.

3.4.1 Teoría práctica y obligación judicial

Recordemos que según Hart el sistema jurídico se compone fundamentalmente de normas cuyo valor depende de su validez, pero conjuntamente con esas normas existe un grupo de normas jurídicas cuyo valor depende de su aceptación, se trata de las normas que componen la regla de reconocimiento.

⁸⁴ Dworkin, ob. Cit., p 100

Por lo tanto, el examen que se haga sobre la teoría práctica de las normas incide en el tema de la regla de reconocimiento ¿Cuál es el estatuto de la obligación de los jueces al aplicar determinadas normas de derecho?

Dworkin distingue entre que alguien “deba” o “no deba hacer” algo, y que alguien este en “la obligación de hacer algo”, o “no tenga derecho a hacerlo”.⁸⁵

Dworkin señala que los jueces tienen, probablemente en la mayoría de los casos, el deber de aplicar el derecho y, en consecuencia, fallar en un determinado sentido y no simplemente que “deben hacerlo” -salvo para los neorealistas extremos. En los casos en que dicho deber no existe o que no se puede determinar, nos debemos conformar con decir que los jueces “deben” fallar conforme a derecho, es el caso en el que se dice que el juez tiene discreción.

El problema para la teoría jurídica es explicar por qué los jueces tienen ese deber. Hart señala que los deberes existen cuando existen normas sociales que los crean. Dichas normas sociales existen cuando se dan determinadas condiciones prácticas para su existencia, y dichas condiciones prácticas se dan cuando los miembros de una comunidad se comportan de una determinada manera. Con eso se reduce la existencia de una obligación a una cuestión de hecho. Pone el ejemplo de los feligreses de Hart, el deber de sacarse el sombrero antes de entrar a la iglesia depende de que efectivamente la comunidad tenga la norma de sacarse el sombrero.

Hart aplica ese criterio a los sistemas jurídicos. Dice que en cada sistema jurídico el comportamiento de los jueces satisface las condiciones prácticas para la existencia de una norma que impone el deber de identificar y aplicar ciertos estándares como derecho. Entonces si preguntamos ¿por qué los jueces tienen la obligación de aplicar tales estándares? Hart responde que no hemos entendido el argumento pues la obligación se identifica con la práctica.

Pero para Dworkin dicha explicación es insuficiente y para ilustrarlo confronta a un sociólogo que informa acerca de la existencia de una norma en una comunidad, y al feligrés que expone sobre la norma de su comunidad. El primero esta simplemente describiendo un hecho pero el segundo está apelando a una norma para justificar su comportamiento y evaluar el del resto.

Se distinguen entonces dos enunciados distintos: a) la afirmación de una norma social, y b) la afirmación de una regla normativa. Para Dworkin el juez a cargo de un proceso no está en la posición del sociólogo sino en la del feligrés. Afirma que tiene un deber (aplicar el derecho) y cita dicho deber, y no el comportamiento de los demás, como justificación de su comportamiento y como criterio de evaluación.

Hart se adelanta a esta objeción señalando que hay una distinción entre la *existencia* de una norma y su *aceptación*. Así, cuando el sociólogo afirma la existencia de una norma se limita a eso, pero cuando lo hace el feligrés además está indicando su aceptación. Hay una diferencia de actitud. El juez que indica que todo lo que promulga el parlamento es ley, está adoptando el punto de vista interno hacia una norma social.

⁸⁵ Yo no debo comer en exceso, pero no se puede decir que yo no tengo el derecho de comer en exceso.

Dworkin se propone entonces criticar lo que llama “teoría de la norma social” y distingue versiones fuertes y débiles de dicha teoría. Así, habla de: a) una versión fuerte cuando la verdad del enunciado que afirma un deber depende del hecho de que exista una regla social, y b) de una versión débil cuando dicho enunciado, presupone solo a veces, la existencia de una regla social que imponga dicho deber e incluso se podría estar afirmando la existencia de un deber sin presuponer para nada la existencia de una norma social respectiva.

Hart no indica que versión ocupa, aunque se puede suponer que acepta la versión fuerte. La elección influye en la forma de entender el problema del deber judicial.

La versión fuerte no puede ser correcta para todos los casos en que la gente apela a deberes, porque hay apelaciones a obligaciones que no dependen de la existencia de las normas sociales correlativas. En el caso de un vegetariano, él dice que no se debe matar y por lo tanto no se debe comer carne. Dicha afirmación no depende de que exista una norma social de no comer carne. Es lo que Hart llama una “moral crítica”.

Así las cosas para que la teoría funcione hay que debilitarla de tal manera de que solo debe aspirar a dar una explicación de lo que se entiende por una pretensión de deber en los casos en que hay acuerdo en la comunidad respecto de que dicho deber existe.

Pero la teoría tampoco sirve en esta versión debilitada porque no se puede establecer la distinción entre: a) la moralidad concurrente y b) la moralidad convencional. La diferencia está en que la moralidad concurrente supone que quienes coinciden en afirmar la obligación respectiva no lo hacen tomando en cuenta si existe o no dicha coincidencia, así por ejemplo, la aceptación de la norma que prohíbe matar a otro no depende (esperamos que en la mayoría de los casos) del hecho de que los otros también lo hagan, sino de nuestras convicciones personales.

En el caso de la moral concurrente, se tergiversa la pretensión de obligación que supone dicha moral si se hace depender dicha obligación de la existencia de una norma social. De esta manera la teoría de la norma social debe restringirse nuevamente para ser aplicada solo a los casos de moral convencional.

El problema es que para Dworkin los jueces pueden suponer que algunas de sus obligaciones dependen más bien de una moral concurrente que de una moral convencional. Ya veremos que Hart opina lo contrario.

Sin embargo tampoco sirve la teoría de la norma social para explicar la moral convencional. Ello porque aun cuando la gente coincida respecto de una práctica social como parte necesaria para afirmar una obligación (el caso de los feligreses) todavía pueden estar en desacuerdo respecto del alcance de dicho deber.

Dworkin propone el caso de que la mitad de la comunidad considere que existe una determinada obligación y la otra considere que no ⁸⁶. Hart insiste en que una norma se constituye mediante el comportamiento acorde de la mayoría de una población. Se podría decir que en estos casos la norma es incierta, pero no es sostenible decir que puede

⁸⁶ Se plantea el problema en la comunidad de feligreses de si los bebés varones deben quitarse también el gorrito.

haber incertidumbre en casos en que se conocen todos los hechos relevantes referentes al comportamiento social. De lo contrario, se viola el principio de que las normas sociales se constituyen por el comportamiento.

De esta manera en vez de decir que la norma es incierta, debemos decir que no hay norma. En el ejemplo de la iglesia la única norma que existe es la de que los hombres entren sin sombrero a la iglesia aún cuando la mitad de la iglesia exija que a los bebés varones se les quite el gorrito.

El problema es que cuando se afirman reglas normativas, la gente afirma típicamente normas que difieren en cuanto a su alcance o detalle, o en todo caso que diferirían si cada persona tuviera que darle una expresión más detallada. Si a dos personas que estén de acuerdo en la aplicación de una regla en la mayoría de los casos se les pidiera que formulen la regla, describirían, muy probablemente, dos normas distintas, o por lo menos una de ellas no estaría describiendo ninguna norma. Así, la teoría de la norma social se reduce a un punto inaceptable, ello porque no se puede sostener que un deber se aplica si los participantes aceptan que de haber discusión respecto de ese deber, entonces no existe.

Se pueden dar soluciones *ad hoc*: a) se puede decir por ejemplo que cuando se apela a una norma, se hacen dos cosas: primero se identifica la norma social que represente el acuerdo existente en la sociedad, y luego se extiende su aplicación a casos más controvertibles. Pero la gente apela a normas morales normalmente en situaciones controvertidas, y cuando así lo hacen no quieren decir que la norma *deba* aplicarse, sino que la norma se aplica. b) Se puede cambiar el concepto de norma social, señalando que es frecuente que determinadas formulaciones verbales de las reglas se estandaricen, así, se dice que una norma existe cuando una determinada comunidad acepta una determinada formulación verbal. Se puede decir que la norma es incierta, en tanto se discrepa de la aplicación de determinados términos de la formulación verbal. Pero con ello se asigna demasiado peso a un asunto secundario; la cuestión de si se pueden localizar los desacuerdos respecto de una obligación en desacuerdos respecto de la interpretación de alguna palabra clave. Además, con ello la teoría pierde uno de sus principales atractivos, el hecho de que la práctica social desempeña un papel central en la justificación de algunas afirmaciones referentes a obligaciones y derechos. Lo que cuenta aquí es la práctica y no los accidentes del comportamiento verbal. c) Por último se podría renunciar a la afirmación de que las normas sociales pueden fijar el *límite* de los deberes de alguien, y sostener en cambio que pueden fijar el *umbral*. Así la función de las normas sociales no se reduce a determinar los deberes por la vía *fáctica* de describir un margen de consenso, sino que por la vía *conceptual* de que cuando el consenso existe, los miembros de la comunidad tienen por lo menos las obligaciones que el consenso impone, aún cuando ello sea insuficiente para determinar la extensión de dicho deber. De este modo, para señalar si un determinado deber existe, se debe acudir a argumentos que *trasciendan* la simple apelación a la práctica.

Expuesta así, la teoría de la norma social ya no apoya, como lo hacía la versión de Hart, la tesis de la regla de reconocimiento. Pero, incluso aquí esta versión falla ya que no corresponde a nuestras prácticas decir que una norma social estipula el nivel mínimo de derechos y obligaciones.

Otro asunto que la teoría práctica de las normas supone, es que cuando existe una práctica social convencional ésta impone ciertas obligaciones. Pero basta que alguien no comparta la convención para que de esta persona no se pueda exigir lo que la práctica obliga.

Este hecho es importante porque apunta hacia el problema de la relación entre la práctica social y los juicios normativos. Muchas veces los juicios normativos suponen una práctica social como parte esencial de los fundamentos del juicio en cuestión -es la característica de la moral convencional. Por ejemplo el juicio normativo que señala que se debe abrir la puerta a las damas depende de la práctica social de la cortesía. Pero la teoría de la norma social se equivoca pues concibe a la práctica como constituyendo a la norma, y en realidad, la práctica social ayuda a justificar una norma que el juicio normativo enuncia. Lo que hace la práctica es crear las maneras de infringir la norma y generar el tipo de expectativas que constituyen la obligación. Para Dworkin la teoría de la norma social fracasa por insistir en que la práctica y la norma deben tener el mismo contenido.

Puede que el deber judicial sea un tipo de moral convencional, pero de ello no se sigue que ninguna práctica constituya el umbral o el límite del deber judicial. Así cuando existe desacuerdo en relación a lo que significa la regla de que se debe aplicar la ley, dicho desacuerdo no es equivalente a un desacuerdo sobre la realidad del comportamiento de otros jueces. Sobre esta diferencia entre los límites de las prácticas y los límites de las normas constituidas por dichas prácticas volveremos.⁸⁷

3.4.2 Tres tesis sobre la regla de reconocimiento

Se ha planteado que en realidad lo expuesto hasta ahora no implica una diferencia tan importante con Hart. Que una reformulación de la regla de reconocimiento es suficiente para incorporar los principios dentro del marco general del positivismo hartiano. Además se ha resaltado que el propio Dworkin ha sostenido que algunos principios cuentan como derecho y otros no. Si algunos principios cuentan como derecho y otros no, será, dicen los críticos, porque hay un criterio que permite dicha distinción. Por otra parte Hart nunca especificó el concepto de norma y no hay porque entender que su concepto de norma excluye a los principios.

Dworkin presenta tres tesis referidas al problema del criterio base del derecho (la regla de reconocimiento). Dichas tesis se diferencian por aplicación de la distinción entre norma social y regla normativa.

1. Se puede decir que en toda nación existe en la comunidad de jueces alguna norma social o conjunto de ellas que establece los límites del deber del juez de reconocer como derecho cualquier otra norma o principio. Hart propone esta tesis.
2. En todo sistema jurídico alguna regla o conjunto de ellas, es la norma adecuada para que usen los jueces en la identificación de normas o principios más particularizados.
3. En cada sistema jurídico, la mayoría de los jueces aceptan alguna regla o teoría

⁸⁷ Ver capítulo 5.1

normativa que rige su deber de tomar otras normas como normas legales.

El desacuerdo se centra en la primera tesis. Hart la acepta y Dworkin la niega. De ello depende la idea de que las normas jurídicas se pueden distinguir en principio y como grupo de las normas morales o políticas. Si es cierta, entonces en todo sistema jurídico hay algún criterio de derecho comúnmente aceptado que tiene la forma de una regla social, y que basta para distinguir entre normas y principios jurídicos de los morales.

Con esta distinción Dworkin fundamenta su rechazo a la crítica que le imputa la necesidad de contar con un criterio base de derecho para distinguir entre principios jurídicos y principios no jurídicos. Lo que suscribe Dworkin es una versión de la segunda tesis, es decir, que piensa que se puede defender de manera convincente una teoría con preferencia a otra, en lo referente a cómo deben decidir los jueces en los casos difíciles.

Por otra parte, cuando Hart señala que pueden presentarse problemas en la aplicación de la regla de reconocimiento está consciente de que si los jueces se dividieran en relación con la aplicación de una ley, entonces habría que reconocer que la regla de reconocimiento es incierta en este punto.

El problema es que al reconocer dicha incertidumbre socava su propia teoría pues no concuerda con el concepto de norma social tal como lo usa Hart –si los jueces están divididos respecto de la aplicación de alguna norma jurídica que integre la regla de reconocimiento entonces no es cierto que sea incierta la decisión, sino que simplemente no hay norma que rija la decisión.⁸⁸

Pero así planteado el asunto termina por convertirse en un ejemplo en contrario de lo que señala la primera tesis, esto es, que siempre existe una regla social que estipula las condiciones necesarias y suficientes de aquello que los jueces deben reconocer como derecho.

Hart podría sostener la distinción entre lo que los jueces están obligados a hacer y aquello que simplemente deben hacer. La primera tesis no afirma que la regla de reconocimiento establezca siempre lo que los jueces deben hacer en casos difíciles, sino solo que existe una norma que señala lo que están obligados a hacer. De tal manera que en los casos en que haya discrepancia se demostraría que los jueces no tienen deber en algún sentido determinado, sino que el asunto queda entregado a su discreción.

Pero, esta objeción se basa en un argumento ético: el que sostiene que los deberes no son en principio cuestionables. Así, si no está claro cual es el deber de un juez entonces el juez no tiene deber alguno. Dicho argumento no cuadra con cómo se usa el concepto de deber en una discusión moral. De mantener el punto habría que concluir que cualquier discusión moral es absurda pues si hay discusión es porque no hay deber moral. Pero tampoco concuerda con el concepto jurídico. Si existe una disputa acerca de la aplicación de alguna cláusula los contendientes solo estarán de acuerdo en que no se trata de un asunto en que los jueces tengan libertad.

Hart señala que la regla de reconocimiento fundamental es una norma jurídica solo

⁸⁸ Dworkin ha usado un ejemplo extraído de Hart. Se trata del problema en la aplicación de una norma que limita la competencia legislativa del parlamento en el futuro.

en el sentido en que el metro patrón de París mide un metro. Pero si es el caso que los jueces tienen la obligación de aplicar alguna norma o principio para determinar lo que requiere el derecho, pese a que no exista ninguna práctica social que así lo establezca, entonces la primera tesis es errónea.

En relación con la regla de reconocimiento, Carlos Santiago Nino⁸⁹ señala que hay controversia en cuanto al status que el propio Hart le asigna. Ello, por la posible confusión con algo que no es una regla sino un criterio que establezca las condiciones de empleo del concepto de derecho o de la pertenencia de una regla a un cierto sistema jurídico -como el metro patrón de París. Caso en el cual dicho criterio tiene un carácter meramente descriptivo y no involucra un compromiso de realizar cierta acción. Hart descarta esta posibilidad cuando señala que la regla de reconocimiento es un criterio dotado de autoridad, esto es, además de denotar una práctica (regularidad de conducta: aplicar otras reglas), denota actitudes frente a dicha práctica (la crítica de las desviaciones de dicha práctica), y denota la existencia del punto de vista interno que se manifiesta cuando dicha regla sirve como justificación de determinadas conductas.

Aun cuando algunos críticos han pretendido ver la idea del apoyo institucional como una forma de corregir la regla de reconocimiento e incorporar los principios en la descripción positivista del derecho, Dworkin descarta esa posibilidad y señala, en resumen, que para determinar qué principios han de contar en el derecho habría que pedir a cada abogado o juez que formulara una teoría del derecho. Dicha teoría debería describir las instituciones jurídicas existentes y los principios que mejor las justifiquen y asignar un “peso” para cada principio. Un principio sería un principio jurídico si figura en la teoría del derecho más lógica y mejor fundada que se presente para *justificar* las normas institucionales y sustantivas que se han agrupado.

Se ha señalado que entonces Dworkin está de acuerdo con el dogma positivista que pretende identificar las normas jurídicas por medio de un criterio que no se refiera al contenido de esas normas sino a su justificación.

Pero los críticos no pueden querer decir que cualquier teoría del derecho de cualquier jurista proporcione una regla social de reconocimiento, pues si se defiende una teoría propuesta por un jurista para su aplicación, entonces se está afirmando la segunda tesis de las reglas de reconocimiento. Si se dice que cada juez tiene su propia teoría jurídica entonces estamos en la tercera.

De modo que los críticos deben decir que no es la teoría de un jurista cualquiera la que proporcione la regla de reconocimiento sino el criterio de apoyo institucional en sí mismo. Así, se podría decir que la regla social de reconocimiento es la regla de que un principio debe ser aplicado como derecho si es parte de la teoría de derecho mejor fundada y debe ser aplicado con el peso que esa teoría le asigne. Entonces las diversas teorías de los juristas serían distintas teorías respecto de cómo debe aplicarse esa regla social en casos particulares.

Dworkin señala que no ve posible aplicar esa teoría y seguir con la idea de que la prueba de apoyo institucional se basa más bien en criterios específicos de “justificación”

⁸⁹ C. S. Nino, Ob. Cit.

que de “contenido”. El criterio por medio del cual los principios explican a las normas en la teoría que ha expuesto Dworkin, no supone que dicha explicación se haga a la manera de un historiador del derecho, identificando motivos y grupos de presión. Si una teoría del derecho habrá de proporcionar la base para justificar los deberes y obligaciones, entonces los principios que enuncie deben tratar de justificar las normas, identificando las preocupaciones y tradiciones morales de la comunidad que, en opinión del jurista, fundamentan realmente las normas. Este proceso conduce hacia la teoría política y moral, “mas allá de donde sería exacto decir que algún “criterio” de “justificación” sirve para decidir, entre dos teorías diferentes de nuestras instituciones políticas, cual es la mejor.”⁹⁰ Aclara que existen medios para determinar si una teoría jurídica es mejor que otra, es por eso que puede rechazar la discreción. Pero esos argumentos deben incluir otros que van más allá de los límites positivistas de lo que viene al caso en una discusión acerca de que es el derecho. El apoyo institucional no da ninguna base mecánica, ni histórica, ni moralmente neutra para determinar la teoría del derecho más sólida. No permite siquiera distinguir entre un conjunto de principios jurídicos y el conjunto de principios morales o políticos que defiende.

El argumento del apoyo institucional nos conduce ahora al modelo judicial de Dworkin y a su famoso juez Hércules.

3.5 EL MODELO JUDICIAL

Ruiz Tagle señala, citando a A. Calsamiglia que el modelo judicial de Dworkin se basa en los siguientes postulados: a) En todo proceso judicial existe un juez que tiene la función de decidir el conflicto; b) Existe un derecho a vencer, y al juez le corresponde indagar a quien corresponde vencer; c) Este derecho existe siempre aunque no haya norma que resulte expresamente aplicable; d) En los casos difíciles el juez debe conceder la victoria a una parte basándose en principios que la garanticen su derecho; e) El juez cuando fundamenta su decisión en un principio preexistente no inventa un derecho ni aplica legislación retroactiva sino que se limita a garantizar la aplicación del derecho.⁹¹

Debemos agregar que según Dworkin los jueces son funcionarios públicos y, por lo tanto, actúan guiados por la doctrina de la responsabilidad política. Esta doctrina les impone un grado de coherencia al que no estarían sometidos si tuvieran legitimidad democrática para tomar decisiones guiadas por directrices políticas. La doctrina de la responsabilidad enuncia que no pueden tomar decisiones basadas en principios distintos a los que sirven para justificar otras decisiones que ya se hayan tomado. Ésta, intenta de evitar una administración intuicionista, es decir, un administración basada en decisiones que aisladamente parecen correctas pero que entre sí resultan incoherentes o que no pueden ser incluidas en una doctrina general que resulte correcta.⁹²

⁹⁰ Dworkin, ob. Cit., p 129

⁹¹ Ruiz Tagle. ob. Cit, p 208.

Dworkin sostiene que las decisiones de los jueces son políticas en el sentido que le interesa a la doctrina de la responsabilidad. Si un juez acepta la autonomía prevista por las normas constitutivas y regulativas para su sistema jurídico, entonces debe aceptar la teoría política que justifique dichas prácticas, si no quiere entrar en colisión con la doctrina de la responsabilidad.

Por otra parte, ya hemos visto que los jueces no pueden legislar pues de lo contrario se vulnera el principio democrático de que las decisiones políticas las deben tomar los representantes elegidos por la mayoría y el principio de que no se puede aplicar legislación de manera retroactiva por la vía judicial. Dado que el juez no es legislador debe recurrir a los principios jurídicos que le permitan determinar el derecho preexistente de la parte ganadora. Estos principios, más las normas y las directrices políticas dadas por los legisladores son los elementos que el juez debe tomar en cuenta para resolver un caso difícil.

Señala Ruiz Tagle que para resolver la cuestión de qué disposiciones jurídicas son parte de un sistema jurídico, Dworkin exige construir un modelo teórico coherente que explique tal sistema, de modo que pertenecerán a éste todas las disposiciones compatibles con la teoría general.⁹³

Dada la necesidad de contar con un modelo teórico explicativo Dworkin invita a Hércules, un abogado “dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas” para mostrar, en los casos adecuados, qué es lo que exige la doctrina de la responsabilidad política de los jueces en relación con el problema de determinación del derecho.

3.5.1 La legislación

Se le presenta a Hércules el problema de decidir si una ley que concede transporte escolar gratuito a las escuelas parroquiales viola la norma constitucional que prohíbe establecer una religión. Dworkin señala que en su respuesta deberá “construir una teoría constitucional capaz de justificar el esquema de gobierno, enriquecer dicha teoría con los detalles institucionales y de filosofía política, elaborar teorías que justifiquen los diversos aspectos del esquema y poner a prueba la teoría en función de la institución global, finalmente elaborar los conceptos controvertidos de que se vale la teoría triunfante.”⁹⁴

Eso significa que para dar una respuesta Hércules ha debido elaborar una teoría constitucional que sea un esquema de los principios compatibles con las normas constitucionales particulares y que sea la mejor justificación de estas instituciones. Se tratará probablemente de una teoría democrática. Esta teoría democrática justificará el hecho de que las leyes pueden responder legítimamente a directrices políticas, y por lo tanto, que entre unas y otras leyes pueden existir objetivos no necesariamente

⁹² Para una crítica al intuicionismo ver J. Rawls, ob. Cit., p 44 y ss.

⁹³ Ruiz Tagle, ob. Cit., p 210.

⁹⁴ Dworkin, Ob. Cit., p 179.

coherentes.⁹⁵

En el caso de las leyes Hércules deberá construir una hipótesis sobre la intención del legislador que no se refiera al estado mental de los legisladores, sino a la teoría política especial que justifique esa ley, a la luz de las responsabilidades más generales de los legisladores, emanadas de la fuerza democrática de su promulgación.

Hart señala que la teoría interpretativa holística general de Dworkin tiene una doble función: identificar el derecho y otorgar su mejor justificación moral. Dicha teoría se prestaba para la siguiente crítica: Cuando el derecho identificado en relación con sus fuentes sociales es moralmente inicuo, los principios que son “su mejor justificación” solo pueden ser los menos inicuos que calcen con ese derecho. Así, si la teoría interpretativa no puede cumplir la función justificadora ni constituir un límite o restricción de carácter moral, ni dejar de cumplir el requisito de calzar con ese derecho por perverso que sea, entonces dicha teoría no puede ser otra que el positivismo que postula que se puede identificar el derecho sin consideración a la moral.

Hart reconoce que los principios que son correctos desde el punto de vista de la moralidad básica, que son distintos a los mejores principios que calzan con el derecho, pueden servir como límite de lo que se puede considerar derecho. Pero eso no implica que el derecho no pueda ser identificado sin consideración a la moral.

Esta era la posición de Dworkin antes de *El imperio de la justicia*, donde distingue entre Derecho “interpretativo” y derecho “preinterpretativo”. Dworkin admite que pueden existir sistemas jurídicos moralmente perversos en que ninguna interpretación de sus leyes sea aceptable desde el punto de vista moral. En estos casos se puede recurrir a lo que llama escepticismo interno y negar que dichos sistemas sean derecho. Hart dice que no es necesario exponer las cosas así, y que se puede decir que por perversos que sean, dichos sistemas son derecho en sentido preinterpretativo. Así, hasta las leyes más inicuas del régimen nazi son derecho pues solo difieren de las normas legales de otros regímenes en su contenido. Se pueden dar muchas razones para pasar por alto el problema moral y sostener con el positivismo que esos son sistemas de derecho. Dworkin señalaría que solo son derecho en sentido preinterpretativo.⁹⁶

Para Hart este recurso a la flexibilidad del idioma y la introducción de la distinción admiten el razonamiento positivista. Desde el punto de vista de la jurisprudencia descriptiva el derecho puede identificarse sin consideración a la moral, en cambio desde el punto de vista de la jurisprudencia interpretativa justificatoria siempre habrá que hacer el juicio moral de qué es lo que justifica mejor al derecho. Este mensaje puede ser matizado porque el derecho puede ser tan perverso que sea necesario recurrir al escepticismo interno en cuyo caso hay que renunciar a la interpretación en la forma en que Dworkin la describe.

Otra modificación importante que Dworkin introdujo respecto de la visión de los

⁹⁵ El ejemplo típico de esta característica de la legislación son las normas dictadas con el objeto de estimular alguna actividad productiva. Si, por ejemplo un gobierno decide fomentar la industria azucarera con medidas proteccionistas, nada impide que un nuevo gobierno decida que es mejor liberalizar dicha industria. Los productores afectados por la nueva normativa no pueden alegar en su favor que el gobierno ha sido incoherente, y que eso viola sus derechos, pues las directrices políticas no obligan al legislador.

derechos y obligaciones fue que en un sistema perverso es posible que no se pueda hacer una interpretación global justificatoria del sistema. De esa manera las dos funciones que le asigna Dworkin a los principios, la de identificar y la de justificar, pueden quedar completamente separadas. Puede no ser posible dar una justificación del sistema sin perjuicio de la necesidad de su identificación, pero en este sistema no se pueden establecer derechos que tengan fuerza moral *prima facie*, cosa que, según Dworkin, tiene todos los derechos jurídicos. El problema es que incluso en los sistemas totalmente perversos puede haber derechos que estén dotados, al menos *prima facie*, de fuerza moral. Por ejemplo, los derechos emanados del derecho contractual, que normalmente no se ven afectados por la inequidad general del sistema. Para hacerse cargo de esto, Dworkin modifica su idea de que los derechos que están dotados de fuerza moral *prima facie* deben emanar de una teoría interpretativa del derecho de carácter general y reconoce que independientemente de su teoría general, estas situaciones constituyen “razones especiales” para otorgarle a las personas derechos legales dotados de fuerza moral.

3.5.2 Los precedentes

Hércules se enfrenta a un caso difícil (no resuelto por ninguna ley), y se discute si decisiones anteriores de tribunales reconocen a alguna de las partes el derecho a una decisión.

Hércules descubre que la justificación que dio a la legislación (la democracia) fue más fácil de descubrir que en el caso de los precedentes. Una respuesta posible para justificar los precedentes es que los jueces, cuando resuelven casos particulares, establecen normas generales que benefician a la comunidad. Así, para que el beneficio planeado se concrete habrá que decidir los casos posteriores conforme al precedente. Hércules entonces podrá decidir esos casos difíciles como si las decisiones anteriores fueran leyes. Pero no llegará muy lejos por este camino.

La interpretación legislativa depende de que se disponga de una formulación verbal mínima que ponga límites a las decisiones políticas que se pueda suponer que se han tomado por la ley. Pero Hércules descubrirá que muchas de las opiniones que se citan como precedentes no contienen proposiciones que puedan ser tomadas como una

⁹⁶ Cuando Hart dice que las reglas del régimen Nazi son derecho pues “solo” difieren de las normas de otros regimenes por su contenido, ese “solo” nos esta indicando que, para el positivismo, el contenido de sistema es accesorio a la hora de calificarlo como sistema jurídico. Quizá esto sea legítimo desde el punto de vista teórico en la medida en que nos invita a no hacernos ilusiones sobre las reales potencialidades que tiene el derecho para impedir la brutalidad. El problema contingente es que cada vez que ha ocurrido algún evento traumático en la historia reciente, quienes tenían la obligación de velar por la protección de las victimas, y no lo hicieron, se han escudado en alguna forma de argumento positivista basado en distinguir su obligación legal de su obligación moral. Sin embargo, ha resultado que dicha maniobra se limita simplemente a anular la obligación jurídica so pretexto de que cualquier consideración moral (incluso las contenidas en el propio sistema jurídico) es extra jurídica. En Chile la respuesta de la E. Corte Suprema al informe de la comisión Rettig apunta en esa dirección. El positivismo resulta así completamente incapaz de evitar ser usado para justificar acciones injustificables, a tal punto ineficaz, que algunos se preguntan si no hay algo de mala fe en dicha incapacidad. Ver la respuesta de la E. Corte Suprema en www.cepchile.cl/rev42_documento.pdf

formulación canónica de la norma. Entiende que lo que el precedente y los principios justifican es una decisión y no el enunciado de una nueva ley.

Podría reconocer lo que se llama fuerza de promulgación del precedente, se trata de los casos en que sí existe una formulación verbal como en la ley, pero sabe que los precedentes no se agotan en los límites lingüísticos que le impone una formulación determinada. Descubrirá, por el contrario, que los precedentes actúan mediante una fuerza gravitacional.

Los jueces reconocen que los precedentes contribuyen a la creación de nuevas normas de una manera distinta a la interpretación, coinciden en que tienen fuerza gravitatoria. En ese contexto es raro que el juez se adjudique gran independencia a la hora de sentar un precedente, por el contrario, intentará vincular su decisión a la tradición de los funcionarios anteriores.

La fuerza gravitatoria se puede explicar no apelando a la prudencia de dictar leyes, sino a la equidad de tratar de manera semejante los casos semejantes. Un precedente es una constancia de que se ha decidido de una determinada manera. Este rasgo de la fuerza gravitacional da cuenta de algo que oscurece la versión legalista, el hecho de que la fuerza gravitacional del precedente puede ser superior a la de la ley. Si se dicta una ley para incentivar un determinado sector de la economía, no habría razón alguna para que después no se dicte una ley en contra. No pasa lo mismo con el precedente. Lo que se plantea aquí es, si es equitativo que habiendo intervenido el Estado para obligar al fabricante de autos a indemnizar los daños de una persona, deje de hacerlo en otro caso semejante.⁹⁷

Hércules concluirá que esta doctrina de la equidad es la única viable para justificar el precedente, con ello sacara conclusiones respecto de su propia responsabilidad como juez: deberá limitar la fuerza gravitacional de los precedentes solo a la extensión de los argumentos de principios necesarios para justificar las decisiones contenidas en los precedentes. Si considera que una decisión anterior está totalmente justificada por razones políticas entonces dicha decisión no tiene fuerza gravitacional. Ello por las escasas exigencias que en nombre de la coherencia le podemos hacer a los órganos legislativos –pues pueden legítimamente dictar leyes amparadas en directrices políticas contingentes.⁹⁸

Si existe un argumento de principio en la decisión anterior, entonces el argumento de equidad es válido, sin embargo de ello no se sigue necesariamente que se fallará en el mismo sentido. Puede ser que en el nuevo caso haya derechos concurrentes que exijan un compromiso que el caso anterior no requería, pero sí puede sostenerse que en el último caso el demandante tiene el mismo derecho abstracto.

⁹⁷ Se trata del caso *MacPherson vs. Buick*, citado por Dworkin, *Ob. Cit.*, p 183

⁹⁸ Las directrices políticas justifican decisiones en función del logro de metas colectivas, y éstas pueden variar en la misma forma en que varían las fuerzas políticas que determinan a las autoridades legislativas. Es por eso que Hércules ha encontrado en la teoría democrática el argumento legitimatorio de la legislación. Por el contrario el precedente no puede justificarse democráticamente y es por eso que la acción judicial debe estar sujeta a un estándar de responsabilidad política más exigente: la coherencia.

De lo anterior –que la fuerza gravitacional de un precedente se define por los argumentos de principio que lo justifican- Hércules concluye que, dado que en su comunidad se da por sentado que los precedentes tienen fuerza gravitacional general, entonces solo se puede justificar dicha práctica suponiendo que dicha comunidad acoge, aunque sea tácitamente, la tesis de los derechos.

El concepto que se usa normalmente para explicar el razonamiento a partir de precedentes, el que existen principios subyacentes al derecho consuetudinario, es una forma metafórica de referirse a la tesis de los derechos. Una interrogante servirá de puente entre la justificación general de la práctica del precedente, la equidad, y su decisión sobre lo que exige esa práctica en casos difíciles ¿Qué conjunto de principios justifica mejor los precedentes?

Hércules debe especificar su concepto de principios, descubriendo otra diferencia con el concepto de intención de la ley. Para las leyes, hubo de escoger alguna teoría sobre la intención de la ley y de atenerse a otros actos del legislador solo en la medida en que le ayudara a escoger entre distintas versiones de la teoría sobre la intención. Pero, si la fuerza gravitacional se basa en la equidad, que impone la obligación de aplicación congruente de derechos, entonces Hércules debe descubrir principios que se adecuen al precedente particular, pero también a todo el conjunto de las otras decisiones jurídicas que caen dentro de su jurisdicción particular e incluso las leyes en tanto generadas por principios más que por directrices. Su deber no se cumple si los principios que cita son incongruentes con otras decisiones.

Hércules deberá construir un sistema de principios abstractos y concretos, que sirvan como justificación para todos los precedentes de derecho consuetudinario, y en cuanto hayan de estar justificadas por principios, también para las disposiciones constitucionales y legales. Si Hércules intentara construir por adelantado dicho sistema no se supone que las diferentes partes de él estén determinadas por sus inclinaciones personales. Hércules cree que lo que debe hacer es determinar lo que requiere la ley, y no aquella otra teoría que dice que donde la ley deja de ser clara, entonces entran a funcionar las decisiones personales de los jueces.

Dos problemas deberá enfrentar Hércules: primero, al construir su esquema de justificación para los precedentes deberá decidir qué peso le asigna a los argumentos relacionados con esos precedentes dados por los jueces. Les dará a tales argumentos solo un lugar *prima facie* en su esquema de justificación. El punto del esquema es satisfacer la exigencia de que cuando el gobierno ha reconocido un derecho a alguien entonces ese derecho debe ser reconocido a todos. Si un funcionario ha establecido que cierto principio justifica determinado derecho, establece *prima facie*, que el gobierno confía en dicho principio. En segundo lugar Hércules se debe plantear el hecho de reconocer que al menos una parte de la historia institucional puede ser dejada de lado por errónea. Así, amplía su teoría para señalar que la justificación de la historia institucional puede mostrar una parte de esa historia como error para mantener cierta coherencia. Pero no puede hacer uso descarado de este recurso.

Su teoría de los errores distingue, por un lado, entre la autoridad específica o poder de una decisión institucional y su fuerza gravitacional. Si determina que cierta decisión es

errónea, no niega con ello su autoridad específica, pero sí su fuerza gravitacional. En consecuencia no podrá apelar a su fuerza en decisiones posteriores, y por otro lado, distingue entre los errores engastados y los errores corregibles. Los errores engastados son aquellos en que su autoridad específica sobrevive a su pérdida de fuerza gravitatoria. Los corregibles son aquellos cuya autoridad depende de su fuerza.

El nivel constitucional de su teoría determinará cuales son los errores engastados, por ejemplo su teoría de la supremacía legislativa determinará que una ley inadecuada podrá perder su fuerza gravitatoria pero no su autoridad, de manera que la ley no queda revocada, pero no la usará como argumento para señalar que un determinado derecho es más débil en otro caso.

Se exige que componga una teoría, un esquema de principios, capaz de justificar la totalidad de las leyes y precedentes. Sin embargo, si acepta que una parte de esa historia es errada, entonces su teoría es *prima facie* más débil que otra que no lo haga. Esta parte de su teoría de los errores debe demostrar que es, no obstante, mejor que cualquier otra teoría que no contemple errores, o que contemple un conjunto distinto de errores. La relación entre precedente y equidad le sugerirá dos orientaciones para su teoría de los errores. Primero, la equidad incide sobre la historia institucional no en cuanto historia sino en cuanto programa político que el gobierno se proponía llevar a cabo, es decir que atiende a las implicaciones futuras del precedente. Si Hércules descubre que una decisión previa es especialmente criticada dentro de la profesión, dicha crítica, por sí sola, permite sostener que la decisión es vulnerable. Segundo, el argumento de equidad que exige coherencia no es el único argumento de equidad que debe reconocer el gobierno; si, aparte de la coherencia, Hércules cree que una determinada ley o decisión previa es errónea porque es inequitativa, desde la perspectiva de lo que se considera equitativo en la comunidad, esa creencia también hace a la decisión vulnerable.

3.5.3 Objeción democrática en contra de Hércules

Por medio de la historia de Hércules se pretendió justificar el aspecto descriptivo, describiendo la forma por medio de la cual se produce la actuación de la adjudicación. Pero también se describió un argumento a favor del aspecto normativo, el hecho de tender a decisiones que satisfagan nuestro sentido de justicia, pero se presentó un aspecto que va en contra del argumento normativo. El argumento democrático de que los legisladores electos reúnen mejores calificaciones para tomar decisiones políticas que los jueces, reaparece pues se mostró que muchas de las decisiones políticas de Hércules dependen de juicios de teoría política que pueden ser formulados de manera diferente por diferentes jueces. De allí se puede concluir que se está decidiendo en base a convicciones y preferencias personales, cosa injusta y antidemocrática.

Hay dos sentidos en que Hércules puede confiar en las propias opiniones: a) es posible apelar a la autoridad para decidir un caso. Por ejemplo, sosteniendo que la mayoría o un determinado grupo opina en tal sentido. De esa misma manera se puede apelar a la propia opinión para justificar una decisión. El juez confía en que su sola opinión es, por sí misma, justificación de su decisión. b) otro juez puede confiar en su propia opinión en un sentido distinto. Puede confiar en que su opinión sobre una

determinada materia es verdadera o correcta. Cree que tal cláusula significa determinada cosa. Así, confía en la solidez de tales convicciones y no en el hecho de que él mismo las sostenga.

Hércules no confía en sus convicciones en el primer sentido. La objeción democrática debe tratarse en consecuencia haciendo referencia al segundo sentido. Pero acá no podrá hacerse una objeción general que abarque todas sus convicciones pues es inevitable que, para decidir, se tenga que confiar en algunas de ellas. El problema es que es difícil determinar cuales son esas convicciones, de manera de delegar en otros lo que se supone que se debe delegar.

Se presenta otro juez, Herbert, que acepta la teoría tradicional de la adjudicación. La objeción exige que en los casos difíciles Herbert deberá decidir a favor de la regla democrática. Deberá renunciar a su propia moralidad, para decidir conforme a lo que cree la mayoría. El punto es que no renuncia a su moralidad, pues es parte de ella el hecho de creer que debe resolver de acuerdo a la mayoría. En caso contrario, puede decidir en contra de la mayoría pues sus convicciones lo orientan a una decisión opuesta. Sin embargo, este argumento no se puede aplicar a Hércules, pues éste no busca los límites que le impone el derecho para luego decidir de acuerdo a sus convicciones. Se vale de su juicio para determinar qué derechos tienen las partes, y una vez hecho esto no queda espacio para decidir de acuerdo a sus convicciones. Herbert no se preocupó de la moralidad social sino después de fijar los derechos de las partes (que estas no tienen derecho) en tanto que Hércules ha tenido en cuenta las tradiciones morales para determinar los derechos de las partes. Lo ha hecho por lo menos en el sentido en que se encuentran expresadas en el material jurídico que ha debido tener en cuenta.

Habrán casos en que la decisión será opuesta a la moral popular; en esos casos Dworkin señala que los individuos tienen el derecho de que se haga respetar coherentemente los principios en que se basan sus instituciones, pues los jueces están sujetos a la doctrina de la responsabilidad política. Estos principios deben ser protegidos por Hércules de opiniones incongruentes, incluso cuando sean populares. Hércules confía en algo que Herbert niega, el hecho de que una mayoría puede estar puntualmente equivocada en la aplicación de sus reglas.

Las objeciones en contra de Herbert son débiles en contra de Hércules pues éste no se enfrenta nunca a la elección entre sus convicciones y las de la comunidad. Su teoría se basa en una concepción particular de la moralidad comunitaria, la que presuponen las leyes y las instituciones comunitarias. Para lograrlo, Hércules deberá confiar en su propio juicio para determinar cual es esa moral comunitaria, pero esa confianza, será la señalada por el segundo sentido (b), que es inevitable.

Hércules podrá interpretar los conceptos protegidos por el derecho, sea que los apruebe o que los desapruebe. Si los desaprueba actuará como una especie de psicólogo tratando de reconstruir el argumento desde la perspectiva de quienes sí aprueban ese concepto particular, pero lo normal es que sí los apruebe de manera que actuará desde dentro. “La nítida distinción entre moralidad básica y moralidad institucional se desvanecerá, no porque la moralidad institucional resulte desplazada por convicciones personales, sino porque las convicciones personales se han convertido en la guía más

confiable con que cuenta Hércules para acceder a la moralidad institucional.”⁹⁹

“Actuará como cualquier miembro reflexivo de la comunidad dispuesto a discutir que es lo que exige en alguna ocasión la equidad, la igualdad o la libertad. Pero ahora vemos que es un error suponer que los ciudadanos reflexivos, en ese tipo de discusiones, se limitan simplemente a oponer sus convicciones personales a las convicciones de otros.”

¹⁰⁰ Estos ciudadanos están impugnando diferentes concepciones de un concepto que se supone que mantienen en común, debatiendo la mejor teoría que explique cual de esos es el mejor concepto para explicar los casos fáciles. Este carácter de debate se oscurece por el hecho de que valoran los conceptos que impugnan, es decir discuten desde el punto de vista interno, de modo que actúan más intuitivamente que el modo reconstructivo que se podría hacer desde fuera o desde el punto de vista externo.

“la moral comunitaria, no es una especie de suma o combinación o función de las afirmaciones concurrentes de sus miembros; es, más bien, lo que cada una de las afirmaciones concurrentes afirma ser.”¹⁰¹

Si se reformula la objeción en contra de Hércules señalando que debe respetar, no su propio juicio sobre la moral institucional, sino el juicio de la mayoría sobre esa moral, Hércules tiene dos contrargumentos: primero se puede preguntar ¿cómo descubrir lo que la mayoría juzga al respecto? No se puede dar por sentado que por el hecho de que el hombre de la calle desapruuebe el aborto, haya considerado si el concepto de dignidad de la constitución es congruente con su posición política. Es posible que sea así pero eso no puede ser determinado de su opinión casual o de su voto. Pero, en segundo lugar, aún cuando nos diéramos por satisfechos con eso (la expresión casual de la opinión) queda el asunto de por qué esa decisión habría de ser decisiva. En un caso difícil Herbert argumentaría que al resolverlo, estaría legislando al respecto. Al hacerlo así se debería considerar como un agente de la mayoría. Pero Hércules no puede ver las cosas así. La cuestión se resolverá decidiendo sobre los derechos institucionales de las partes, y sabe que si se equivoca, como lo haría si se deja llevar por la opinión de la mayoría, entonces desconocería un derecho de alguna de las partes. Ni uno ni otro someterían a encuesta la solución de los casos fáciles, Hércules tampoco lo haría en los casos difíciles, pues piensa que las partes tienen derechos tanto en los casos fáciles como en los difíciles.

Por último se podría decir que es posible que en general los jueces se equivoquen. Aunque así sea, como no somos Hércules no podemos saber cuando ocurre eso. El argumento de la falibilidad judicial puede conducir a dos soluciones: a) dado que se equivocan, los jueces no deben realizar ningún esfuerzo para determinar los derechos institucionales de las partes; o b) se podría decir que dado que se equivocan deben someter a alguien más las cuestiones de derechos institucionales. Pero al decidir a quién deben someter la decisión, no hay razón para hacerlo a ningún grupo particular que cuente con una mayor capacidad para la argumentación moral, y si la hay, entonces es el

⁹⁹ Dworkin, Ob. Cit., p 205.

¹⁰⁰ Dworkin, Ob. Cit., p 206.

¹⁰¹ Dworkin, Ob. Cit., p 206

proceso de selección de jueces y no las técnicas para juzgar lo que debe ser cambiado. Así el escepticismo no es un argumento en contra de la técnica de adjudicación de Hércules.

CAPITULO 4. LA RESPUESTA DE HART, COMENTARIOS CRÍTICOS

En lo fundamental, el capítulo anterior se refiere a la descripción de la parte conceptual de la posición de Dworkin en *Los derechos en serio*, donde se critican tres ítems de la doctrina positivista de Hart: la discrecionalidad judicial, la regla de reconocimiento y la teoría práctica de las reglas sociales. Dicha crítica parte de la constatación de que los tribunales aceptan y aplican estándares jurídicos distintos a las reglas. Dichos estándares, a los que Dworkin llama principios jurídicos, apuntan a la apertura de la argumentación jurídica a consideraciones morales y políticas.

A partir de la omisión que hace el positivismo respecto de los principios jurídicos, Dworkin concluye la inconveniencia de las tesis positivistas de la discrecionalidad (pues gracias a los principios jurídicos es posible concluir que el derecho tiene una respuesta correcta para los casos difíciles) y de la regla de reconocimiento (pues para Dworkin la regla de reconocimiento, en tanto referida únicamente a cuestiones de pedigrí, es incompatible con los principios jurídicos que aceptan y aplican los tribunales). Por otra parte, respecto de la teoría social de las reglas, Dworkin sostiene que, en la medida en que Hart plantea que la existencia de las reglas sociales resulta de la constatación de cuestiones puramente fácticas, dicha teoría es incapaz de describir exitosamente lo que sucede cuando nos enfrentamos a reglas sociales (si la norma depende únicamente del consenso social, entonces la simple existencia de controversias excluye la existencia de la regla).

Quisiéramos exponer la respuesta le que formuló Hart a Dworkin contenida en el Postscriptum ¹⁰² a la segunda edición inglesa de *El concepto del derecho* de 1994. La respuesta de Hart a Dworkin no se limita a las críticas recién indicadas, sino que se refiere también a la obra posterior de Dworkin. ¹⁰³ En la medida en que ha sido posible nos hemos remitido exclusivamente a las cuestiones relacionadas con *Los derechos en serio*.

Hart mostrará que ni la existencia de principios jurídicos es incompatible con la regla de reconocimiento, ni la constatación de la existencia de dichos principios elimina los problemas que obligan a sostener que en algunos casos los jueces deben recurrir a la discrecionalidad. Por otra parte nos recuerda que, justamente la teoría práctica de las reglas implica que éstas (las reglas) tienen un aspecto interno y que no es necesario que deban solucionar todas las cuestiones que se les presenten.

En parte, las respuestas de Hart son convincentes, sin embargo, creemos que en lo sustancial el argumento de Dworkin (la apertura de la teoría general del derecho a cuestiones valorativas) es incontestable. Intentaremos mostrar que, aun con las aclaraciones y modificaciones recién indicadas, la tesis de Hart se enfrenta a la crítica de cierta incompatibilidad (derivada de la tesis consensual de positivismo) entre la regla de reconocimiento y la teoría práctica de las reglas.

El positivismo en general pretende fundar el derecho en la idea del consenso, Dworkin ha intentado criticar dicho consenso en *El imperio de la justicia* desde la perspectiva del problema semántico del derecho. Algo mencionaremos al respecto al comienzo de este capítulo. Pero nosotros abordaremos el problema del consenso desde otro punto de vista. Se trata de la relación entre el problema del seguimiento de reglas y la teoría práctica de las reglas sociales de Hart. A este tema se referirá la sección número 4 de este capítulo, donde se espera demostrar que el consenso, como se lo ha entendido hasta ahora es insuficiente para hacer frente a las críticas escépticas y realistas al positivismo.

4.1 LA RESPUESTA DE HART

4.1.1 Sobre la naturaleza de la teoría jurídica

Una crítica fundamental de Dworkin al positivismo se refiere a la naturaleza de la teoría jurídica. Como vimos, al escribir el libro *El concepto del derecho* la intención de Hart fue formular una teoría general y descriptiva. General por que no está referida a ningún sistema jurídico particular, sino que al derecho como institución política y social compleja, dotada de una dimensión controlada por reglas y descriptiva, en tanto intenta ser

¹⁰² H.L.A. Hart "postscriptum",. *Revista de Estudios Públicos*, número 65 verano 1997

¹⁰³ Especialmente *El imperio de la justicia*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1988

imparcial desde el punto de vista moral y no tiene fines justificatorios.

Para ello usa conceptos como reglas que imponen deberes, reglas que otorgan facultades, reglas de reconocimiento, reglas de cambio, aceptación de las reglas, punto de vista interno y externo, afirmación interna y externa, y validez legal. Esos conceptos se refieren a aspectos que pueden servir para analizar las instituciones y la naturaleza general del derecho. Cabe preguntarse qué son las reglas, qué tipos hay, cómo se relacionan entre ellas, y con las amenazas y con la moral.

Dworkin sostendrá en *El imperio de la justicia* que la teoría general del derecho debe incluir una parte evaluativa y justificatoria.

Según Hart *El imperio de la justicia* gira en torno a tres candidatos a justificar el derecho (las decisiones políticas del pasado) en su papel coactivo: “convencionalismo”, “pragmatismo jurídico” y “Derecho como integridad”. Para Hart lo que se diga respecto de esos tres modelos tiene importancia respecto de una teoría evaluativa pero de ello no se sigue que *El Concepto del Derecho* pueda replantearse de una manera reveladora como una teoría interpretativa de esa naturaleza. Para Dworkin una teoría descriptiva general del derecho es desacertada o inútil, “las teorías útiles acerca del derecho (...) interpretan una etapa determinada de una práctica históricamente en evolución”¹⁰⁴ “las teorías generales del derecho son, para nosotros, interpretaciones generales de nuestra propia práctica judicial.”¹⁰⁵ Para Dworkin la distinción tajante entre descripción y evaluación que ha impuesto la teoría jurídica dominante ha debilitado la teoría jurídica en general.

Hart sostiene no entender por qué rechaza Dworkin la teoría descriptiva general. Cree que el argumento tiene que ver con el problema del punto de vista interno. Sostiene que la principal objeción de Dworkin es que la teoría del derecho ha de considerar el punto de vista interno i.e, el punto de vista de alguien interiorizado en un sistema legal, y ninguna teoría descriptiva que asume la perspectiva de un observador y no de un participante, puede explicar adecuadamente ese aspecto interno. Para Hart eso no es así, pues se explicó que los participantes expresan su punto de vista interno al aceptar que el derecho proporciona pautas de conducta y de evaluación y crítica. Los defensores de la perspectiva descriptiva no aceptan el derecho como lo hacen los participantes, pero puede y deben describir esa aceptación. El partidario de la teoría descriptiva debe *comprender* qué significa adoptar esa perspectiva y por lo tanto ponerse en el lugar del otro.

Dworkin descarta la “evidente posibilidad” de que un observador externo tenga en cuenta, de esa manera descriptiva, el punto de vista interno, pues define a la jurisprudencia como la “parte general de la adjudicación” lo que equivale a considerar que la teoría del derecho es parte del sistema jurídico, mirado desde el punto de vista interno de quienes operan el sistema judicial. Pero, insiste, se puede comprender el punto de vista interno sin necesidad de adherir a él, aun cuando, como dice MacCormick ese punto de vista necesariamente incluye la convicción de que hay razones morales para ajustarse al derecho.

¹⁰⁴ Dworkin, Ob. Cit., p 410

¹⁰⁵ Dworkin, Ob. Cit., p 102

4.1.2 Sobre el positivismo

Dworkin es más específico en su idea de la función de la teoría general cuando sostiene que el positivismo puede ser descrito como:

i) Una teoría semántica.

Algo se ha dicho ya sobre la idea del positivismo como teoría semántica. Como se trata de una tesis expuesta en *El imperio de la justicia* no nos extenderemos en esto. Lo que sí es importante subrayar es que una teoría semántica del derecho implica que los fundamentos del derecho, esto es, los hechos de los que depende la verdad de un enunciado normativo, son determinados por convenciones lingüísticas gremiales de jueces y abogados que rigen el uso y en consecuencia el significado de la palabra “derecho” en un sistema jurídico particular. Se trata de la vieja idea positivista de la convención. Nos hemos desentendido de la tesis semántica de Dworkin porque creemos que la crítica al convencionalismo positivista se puede hacer también a propósito de la teoría práctica de las reglas sociales, teoría que ya hemos expuesto y que nos permitirá un análisis más profundo.

Hart señala que la tesis de la teoría semántica confunde el significado de la palabra “derecho” con el de los postulados jurídicos. Una teoría semántica del derecho es aquella en virtud de la cual el significado de la palabra “derecho” hace que el derecho dependa de ciertos elementos concretos. Pero, continúa Hart, en general los postulados sobre el derecho no son afirmaciones sobre lo que es “el derecho” sino sobre lo que el derecho prescribe. Así, aunque el significado (y eventualmente la veracidad) de esos postulados jurídicos (o enunciados jurídicos) dependa de definiciones, ello no permite concluir que el significado de derecho dependa de tales definiciones. Eso solo sería así si los elementos que proporciona la regla de reconocimiento de un sistema y la necesidad de tal regla se derivaran de la definición de la palabra “derecho”, cosa que en ninguna parte se ha sostenido en *El concepto del derecho*.

También tergiversa Dworkin a Hart cuando señala que la doctrina de la regla de reconocimiento exige que ella sea determinada mediante elementos históricos o fácticos de tal modo que se trata de un positivismo de hechos puros y simples. Hart reconoce que los principales ejemplos que dio a propósito de la regla de reconocimiento se refieren al “pedigrí” de las normas, esto es, a la forma en que las instituciones han creado dichas normas y no al contenido. Pero Hart recuerda que ha señalado expresamente que en algunos sistemas de derecho la regla de reconocimiento exige referirse a criterios de contenido, es decir, principios de justicia o normas morales, constituyendo restricciones jurídicas de orden constitucional.¹⁰⁶

ii) Una teoría interpretativa

Dworkin no se limita a plantear que el positivismo de hechos puros y simples se base en una teoría semántica. También señala que se puede replantear como una versión de

¹⁰⁶ Para una crítica a la tesis de Dworkin sobre el positivismo como teoría semántica ver Jules Coleman y Ori Simchen, “Law”, en *Legal theory*, número 9, Cambridge University Press, 2003.

su teoría interpretativa, versión que llama “convencionalismo”. El punto del convencionalismo es que los elementos de juicio para determinar el derecho son hechos puros y simples e incontrovertibles, no por el léxico jurídico de la versión semántica, sino por una convicción compartida por jueces y juristas. Se trata de que la coacción dependa de hechos que estén al alcance de todos, de modo de que cuando ella se ejerza todos estén advertidos. Esto es “el ideal de las expectativas protegidas”.

Para Hart esta no es una versión de interpretación plausible de su propia teoría. Por dos razones: a) porque su teoría no es una versión de hechos puros y simples sino que admite la posibilidad de valores,¹⁰⁷ b) porque todas las versiones de teoría interpretativa de Dworkin se basan en la idea de que la función de la teoría es justificar la coacción. Para Hart esto no es así: no es función del derecho justificar la coacción. El derecho solo sirve al objetivo de proporcionar directrices y pautas de conducta al comportamiento humano.

Como esto no es suficiente para diferenciar al derecho de otros sistemas normativos, hay que agregar que el derecho se distingue porque contempla reglas secundarias que sirven para establecer, modificar y hacer cumplir sus normas, y por la pretensión general de tener prioridad respecto de los demás sistemas de normas. Más aun, si Hart adhiriera al positivismo de hechos simples que ampara las expectativas de conocer de antemano los casos en que se aplicará la coacción, ello solo significaría que esa es una ventaja moral del derecho pero no su finalidad. “Como los casos en que procede la coacción son principalmente casos en que se ha desarticulado la función principal del derecho consistente en orientar el comportamiento de los sujetos, la coacción, pese a ser importante, es una función secundaria. No es razonable considerar que su justificación sea la finalidad o propósito del derecho como tal.”¹⁰⁸

Las razones de Dworkin para sostener que Hart adhiere a esta versión justificatoria del derecho, se basan en lo señalado al introducir el concepto de las reglas secundarias. Allí se señala que las reglas de adjudicación, cambio y reconocimiento sirven para subsanar los errores de un modelo prejurídico. Esos defectos son la *incertidumbre* respecto de la identidad de las reglas, su carácter estático y la pérdida de tiempo cuando se trata de cambiar las reglas. Sin embargo, Hart no señala en ninguna parte que la coacción se justifica cuando se ajusta a esas reglas, ni que la finalidad del derecho sea proporcionar justificación a la coacción.

Hart no niega que al incorporar una regla de reconocimiento se ayuda a justificar la coacción en la medida en que se supera una objeción moral al derecho, la incertidumbre.

¹⁰⁷ El positivismo blando o positivismo incluyente se funda en una distinción que ni Dworkin, como crítico del convencionalismo, ni Raz, como partidario del positivismo excluyente, están dispuestos a admitir. Se trata de la distinción entre la tesis de las fuentes en sentido estricto que señala que la identificación de las normas jurídicas depende exclusivamente de cuestiones de pedigrí, y la tesis convencionalista que señala que sean cuales sean los criterios de identidad de las normas jurídicas estos son estrictamente convencionales. Convencionales resultan para el positivismo blando las normas que son jurídicas en virtud de su contenido cuando es el hecho de la moral social el que define esas exigencias de contenido. Los críticos del positivismo blando, de lado y lado insisten con razón en que la tesis del convencionalismo implica la tesis de las fuentes en sentido estricto.

¹⁰⁸ Hart, Postscriptum, Ob. Cit., p 237

Pero la función de la regla de reconocimiento no se limita a eso.

iii) El positivismo “blando”

Dworkin, al atribuirle una teoría de positivismo de hechos simples a Hart, sostiene que ésta no solo exige que la autoridad y existencia de la regla de reconocimiento dependa de la aceptación que hagan de ella los jueces, lo que es verdad, sino que también dependa exclusivamente de hechos simples que él llama cuestiones de pedigrí. Eso es doblemente erróneo pues, por una parte, Hart reconoce que la regla de reconocimiento pueda incorporar como criterio de validez la concordancia con determinados patrones morales o valores sustantivos, de tal modo que la doctrina de Hart es del tipo llamado “positivismo blando”, y por otra, también se equivoca al asumir que la obra de Hart sugiere que las cuestiones de hechos simples que proporciona la regla de reconocimiento deban ser únicamente cuestiones de pedigrí, pues pueden ser restricciones de fondo al contenido de las disposiciones jurídicas como la 14, o 19 enmienda de la constitución de Estados Unidos de América.

La principal crítica de Dworkin, sin embargo, es otra. Existe, para él una gran inconsistencia entre el positivismo blando, que permite que la identificación de las normas de derecho dependa de cuestiones morales complejas y controvertibles, y el positivismo general, que sostiene que el derecho se encarga de otorgar pautas confiables de conducta pública que deben ser identificadas con certeza por medio de cuestiones de hecho y no de razones morales. Es por eso que para Dworkin la regla de reconocimiento de Hart tiene por objeto subsanar la incertidumbre del régimen prejurídico.

Para Hart esta crítica exagera el grado de incertidumbre que provocan los estándares morales como criterios de validez, y el grado de certidumbre del sistema limitado a los hechos. Dado que la certeza puede ser una de las funciones de la regla de reconocimiento, si las cuestiones a que da lugar la determinación de la validez jurídica fueran discutibles, no solo en algunos casos, sino que en la mayoría o en todos ellos, entonces no habría certeza alguna. Pero no es el objetivo de la regla de reconocimiento excluir a cualquier costo la incertidumbre. Por eso señaló Hart que la regla de reconocimiento o las reglas jurídicas identificadas por medio de ella, pueden tener “penumbra”, un grado de incertidumbre controvertible. Por otra parte se podrían dictar leyes que eliminaran la incertidumbre, pero solo al precio de entrar en conflicto con otros objetivos del derecho¹⁰⁹. Hay casos de leyes en que cierta incertidumbre es necesaria, por ejemplo la ley antimonopolio o los estándares de negligencia de la responsabilidad extracontractual. Solo se podría sostener, entonces la inconsistencia entre los tipos de positivismo, si se sostiene que la función de la regla de reconocimiento es predominantemente la de otorgar certeza, y que dicha función es superior.

La segunda crítica de Dworkin se relaciona con el problema de la determinación y completitud del derecho.¹¹⁰ Hart propone que por medio de la regla de reconocimiento se puede identificar reglas y principios jurídicos que poseen a menudo textura abierta, de modo tal que cuando se ha de determinar si una regla es o no aplicable a un caso

¹⁰⁹ ver capítulo 2.3 sobre el escepticismo ante las reglas

¹¹⁰ Identidad y membresía en la terminología de Raz

particular, el derecho es incierto, es decir no da una respuesta particular. Estos no son simplemente “casos difíciles”, casos en que juristas razonables no podrían ponerse de acuerdo, sino casos en que el derecho es fundamentalmente incompleto, puesto que no proporciona respuesta a las cuestiones en juego.¹¹¹ Esos casos no reglamentados, son aquellos donde el juez debe ejercer la discreción.

Dworkin niega que el derecho pueda ser incompleto. Para él lo que pasa es que se infiere del hecho de que pueda haber controversia, el hecho de que no existe solución correcta. Distingue en consecuencia, que el derecho pueda ser incompleto, o que el derecho pueda ser controvertible. Para Dworkin un enunciado jurídico solo es verdadero si, conjuntamente con otras premisas, se desprende de los principios que a la vez armonizan mejor con la evolución institucional del sistema jurídico, y además proveen su mejor justificación moral. De allí que para Dworkin, la verdad de cualquier enunciado jurídico, depende de la verdad de un juicio moral. Como para él los juicios morales son controvertibles, entonces el derecho también lo es.

Hart señala que “según Dworkin, la idea de que haya un criterio de validez jurídica, cuya aplicación entrañe un juicio moral controvertible, no plantea problemas teóricos.”¹¹² De todas formas servirá para demostrar “fehacientemente” el derecho preexistente.

Para Dworkin hay una segunda inconsistencia en el hecho de aceptar el positivismo blando. Es incompatible con el afán de los positivistas de hacer que la objetividad de los enunciados normativos sea independiente de toda teoría filosófica controvertible acerca del rango de los juicios morales. Para el positivismo solo servirían hechos morales objetivos de los que se deduzcan juicios morales verdaderos, cuestión que es por naturaleza controvertible. Por lo tanto el juez deberá recurrir a su discreción.

Para Hart el derecho no debe comprometerse con teorías filosóficas controvertibles acerca de la situación de los juicios morales, pues cualquiera que sea la respuesta a la cuestión de la validez objetiva de los juicios morales, el juez deberá hacer lo mismo, formular el mejor juicio moral posible respecto de las controversias que deba resolver o guiarse por su criterio moral acerca de lo que es el derecho existente, según lo revele la prueba moral para el derecho. De dejarse abierto el problema acerca de la objetividad de los juicios morales, el positivismo blando puede simplemente ser descrito como reconociendo la posibilidad de que el criterio de validez reconozca valor a cuestiones sustantivas, o en cambio, puede ser descrito reconociendo que esas cuestiones

¹¹¹ Creemos que efectivamente hay una diferencia entre el problema de la textura abierta y el de los casos difíciles. Pero no se trata de la diferencia a la que se refiere Hart, esto es, que los casos difíciles se refieren a situaciones en que juristas razonables no se pueden poner de acuerdo por un lado y por el otro, la situación de que existen vacíos legales, es decir que el derecho es incompleto. En el caso de la textura abierta se trata de una controversia acerca de si una determinada regla se aplica o no a un caso particular, en los casos difíciles, como los describe Dworkin, se trata de si una determinada regla o principio es o no parte del sistema jurídico. La introducción de los principios en el sistema jurídico no se hace con el objeto de solucionar conflictos interpretativos referentes a si una regla se aplica o no, se hace para llenar el vacío que describe el positivismo cuando dice que determinados casos no tienen solución jurídica o casos en que los principios justifican hacer una excepción a una regla cuya aplicación resulta inícuca.

¹¹² Hart, Ob. Cit, Postscriptum, p 241.

sustantivas, morales, solo son patrones para que los tribunales creen derecho de acuerdo a la moral.

Sin embargo, Hart no logra hacerse cargo del problema. Recordemos que los “casos difíciles” comprenden al menos tres situaciones distintas: a) la indeterminación del lenguaje de una regla que impide, tanto determinar concluyentemente su aplicación a un caso dado, como descartar su aplicación a ese caso; b) La simple falta de previsión del derecho respecto de un caso, es decir, casos donde ni siquiera hay alguna norma que suscite la duda; y, c) casos en que existiendo una regla de derecho que sin lugar a dudas puede aplicarse al caso, dicha aplicación resulta inicua o contraproducente. El caso *Riggs v. Palmer*, citado por Dworkin es un ejemplo de ello; a pesar de que según la ley el acusado era heredero del causante, el tribunal dejó de aplicar el derecho hereditario pues resultaba injusto entregar la herencia al asesino del causante. Este tipo de “casos difíciles” han dado lugar a un tipo de objeción a la tesis positivista de las fuentes de derecho que se ha conocido como el “argumento del contraste con la práctica”.¹¹³

Lo que no responde Hart, y se verá que es muy problemático que lo haga, es el tercer tipo de caso difícil, es decir, el tipo de casos al que se recurre desde la perspectiva de argumento de contraste con la práctica. Respecto de los dos primeros tipos de casos difíciles es posible, desde la perspectiva hartiana, decir que su resolución queda entregada a la discreción judicial, pero respecto del tercer tipo la perspectiva positivista de Hart se enfrenta a una encrucijada:

señalar que ese caso no se aplicó la regla jurídica en virtud de la discreción judicial que permite dejar de aplicar reglas jurídicas cuanto son injustas. Cuestión que lo coloca a merced del argumento escéptico que sostiene que el derecho no es lo que se identifica en virtud de las fuentes sino lo que resuelven los tribunales, pues cualquier norma jurídica está condicionada por el criterio de injusticia que quedará entregado a la opinión de cada juez.

Señalar que cuando se deja de aplicar una norma jurídica por referencia a criterios morales se está lisa y llanamente pasando sobre el derecho por razones morales. Pero así las cosas, habrá de enfrentar una segunda objeción señalada por Dworkin: Si se es coherente con el planteamiento convencionalista, no se puede decir que los partícipes en alguna práctica han trasgredido dicha práctica (en este caso el derecho) cuando quienes han desatendido la aplicación de una regla inicua se ven a sí mismos como justificados por razones que subyacen o informan el sistema jurídico, pues “lo que los partícipes piensan que es la práctica es constitutivo de la práctica misma”.¹¹⁴

4.2 SOBRE LA NATURALEZA DE LAS REGLAS

¹¹³ Juan Carlos Bayón, *Derecho, convencionalismo y controversia*, www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto451.htm-101k-

¹¹⁴ Juan Carlos Bayón, Ob. Cit., p. 5

Hart se hace cargo de dos cuestiones planteadas por Dworkin que en su opinión deben ser incorporadas en su propia teoría:

4.2.1 La teoría práctica de las reglas

Hart examinó en el libro un sistema jurídico sencillo basado en normas consuetudinarias al que llama reglas sociales. La descripción que hace de ellas se ha conocido como teoría práctica de las reglas, pues las trata como si estuvieran constituidas por una forma de práctica social. Dicha práctica comprende los patrones de conducta que observa la mayoría de los miembros del grupo, así como una actitud normativa, la aceptación, que consiste en la disposición permanente a adoptar tales pautas como guía de la propia conducta y criterio de evaluación de la conducta ajena. El punto de vista externo corresponde al de la persona que observa la práctica, mientras que el punto de vista interno es el del partícipe de dicha práctica.

Dworkin hace una distinción similar: el punto de vista del sociólogo y el punto de vista interno del partícipe (el feligrés). Hart señala que algunas de sus críticas son pertinentes:

Hart acepta que su planteamiento es incorrecto en tanto pasa por alto la diferencia entre el consenso resultante de la *convención* y el consenso resultante de la *convicción* o consenso convergente. Las reglas son prácticas sociales convencionales cuando la sujeción general en el grupo forma parte de las razones que tiene los distintos miembros del grupo para aceptarlas, en cambio son prácticas simplemente convergentes cuando no están constituidas por convención sino por el hecho de que los miembros del grupo tienen razones similares pero independientes para adherir a ellas.¹¹⁵

La versión de Hart sobre reglas sociales es aplicable solo a las reglas convencionales.

Para Hart, sin embargo, esto no es tan problemático pues hay importantes reglas sociales que son convencionales en el sentido recién señalado. Entre ellas esta la regla de reconocimiento que “de hecho es una forma de norma consuetudinaria de carácter judicial que existe únicamente si es aceptada y practicada en las actividades de identificación y aplicación del derecho que realizan los tribunales.”¹¹⁶ En cambio las disposiciones jurídicas dictadas pueden reconocerse como *válidas* por medio de la regla de reconocimiento, y por lo tanto no requieren llegar a ser aceptadas ni se les puede aplicar la teoría de las reglas sociales.

Dworkin critica la teoría práctica de las reglas pues según él, parte de la base errada de que las reglas están constituidas por la práctica, y por lo tanto de que dicha regla depende solamente de hechos sociales. Eso no puede explicar el carácter normativo de las reglas más simples, en tanto que establecen deberes y razones para actuar, a las que se recurre para respaldar la exigencia de una acción. Este carácter normativo de las reglas, muestra que ellas no existen solamente como situaciones de hecho.

¹¹⁵ Ver capítulo 3.4.1

¹¹⁶ Hart, Ob. Cit., postscriptum, p 244.

Para Dworkin una regla así concebida, es decir falta del aspecto normativo, solo puede ser tal si hay una “determinada situación normativa”. Para Hart, cuando se señala en el ejemplo de la iglesia y los sombreros, que del simple hecho de que los hombres se quiten el sombrero no se puede deducir la existencia de una regla a menos que haya un fundamento para ello, es decir, que exista por ejemplo un motivo de ofensa, es ser demasiado tajante. Parece exigir no solo que los feligreses que invoquen reglas estén convencidos de que hay buenas razones o justificación moral para actuar conforme a ellas, sino que objetivamente se den buenas razones. Para Hart el requisito más débil, el que los partícipes crean que hay buenas razones para seguir reglas, es demasiado fuerte como condición general para la existencia de las reglas sociales. Se puede simplemente aceptar las reglas “por respeto a la tradición, por el deseo de identificarse con los demás o por la convicción de que la sociedad sabe bien lo que es mejor para todos.”¹¹⁷ Aquí es necesario recordar la crítica de Nino, en el sentido de que en ninguno de esos casos se puede hablar de que exista verdadera aceptación de las reglas. Hart por el contrario, concluye que no es necesario aceptar las normas sociales solo desde el punto de vista moral para que se pueda decir que son pautas de comportamiento.

Por último Dworkin señala que la teoría práctica de las normas debe descartarse porque no puede conciliarse con que su alcance pueda ser discutido y objeto de discrepancia. Hart insiste con que la regla de reconocimiento es una regla poco controvertida. Dworkin dice lo contrario: los casos difíciles hacen ilusoria la idea del carácter incontrovertible de dicha regla. Según Hart este argumento es malo pues parte de la base de que la regla debe poder determinar cualquier cuestión judicial, cosa que no tiene por qué ser así. La función de la regla debe limitarse únicamente a establecer los requisitos que deben cumplir las decisiones judiciales. En la mayoría de los casos lo hace otorgando criterios de validez. Pero en los casos en que no lo haga habrá que decidir haciendo uso de la discreción judicial.

Aquí la discusión adquiere un cierto aire a diálogo de sordos. Hart insistirá en que la regla de reconocimiento no puede ser criticada por no responder a todas las preguntas que surjan a propósito de su aplicación, pues para eso existe la discreción judicial. Dworkin insistirá en su tesis de que el derecho siempre permite arribar a una solución correcta y que de ello se sigue la improcedencia de la regla de reconocimiento, y en la medida en que ésta está determinada por la práctica social, entonces también la práctica social debe ser descartada.

Pero debemos señalar que en tanto la regla de reconocimiento dependa de una teoría convencional de las reglas sociales se encontrará a merced de la crítica escéptica sobre la inexistencia de reglas. Sobre esto volveremos en la sección número 4 de este capítulo.

4.2.2 Reglas y principios

Hart expone la crítica de Dworkin respecto de la ausencia de referencia a los principios jurídicos en su libro *El concepto del derecho*. Recuerda que, según Dworkin, de aceptar la

¹¹⁷ Hart, Ob. Cit., postscriptum, p 245

existencia de estándares distintos a las reglas debería abandonar la idea de que el derecho se identifica mediante los criterios que proporciona una regla de reconocimiento aceptada en la práctica de tribunales, o que los jueces ejercen discreción en los casos en que el derecho vigente no impone una decisión, o que entre derecho y moral no hay una relación conceptual importante.

Hart señala que se puede aceptar la existencia de principios sin llegar a ninguna de esas consecuencias. Distingue tres características de los principios en relación con las reglas, de las cuales acepta las dos primeras: a) los principios son amplios, generales, en el sentido de que a menudo un conjunto de reglas pueden servir de ejemplo o concreción de un solo principio, b) como los principios se refieren a algún propósito, meta o valor, pueden ser considerados como justificando, al menos parcialmente, a las reglas que los ejemplifican, y c) las reglas operan con la lógica del todo o nada, es decir, si son válidas se aplican, en tanto que los principios no hacen necesaria una decisión sino que apunta o favorecen una decisión. Los principios no son “concluyentes”, tienen una dimensión de peso pero no de validez.

Hart cree que la tercera característica no es necesaria. Sostiene que es perfectamente posible que un sistema jurídico determine que una regla resuelve un determinado conflicto a menos que una regla más importante también sea aplicable al caso. Así la regla que se ha dejado de aplicar subsistirá, al igual que los principios, para determinar el resultado en otros casos en que la norma rival sea menos importante.

Por otra parte Hart sostiene que la posición de Dworkin es incoherente pues sus principales ejemplos muestran que a veces los principios pueden entrar en conflicto con alguna regla, como el caso del heredero asesino,¹¹⁸ de tal modo que a juicio de Hart las reglas no poseen ese carácter de todo o nada. En ese caso la regla cede ante el principio, sin que por ello desaparezca. Aún cuando se describa el conflicto en términos de un principio enfrentado con los principios que explican y justifican la regla. Explicado así, de todos modos se debe admitir que la regla no determinará el resultado en un caso en que sea aplicable de acuerdo a sus propios términos, si el principio que lo justifica es desplazado por otro. Lo mismo ocurre si el nuevo principio da razones para interpretar de manera distinta la regla legal. De ese modo para Hart la diferencia entre reglas y principios es una cuestión de grado. Se puede distinguir entre reglas casi concluyentes y principios generalmente no concluyentes.

El problema es que desde la perspectiva de Hart, si se asume que las reglas jurídicas son “casi concluyentes” se debe asumir que las reglas jurídicas no son necesariamente obligatorias para los jueces pues éstos pueden dejar de aplicarlas cuando existen razones morales en contra. Para Dworkin, como vimos,¹¹⁹ este fenómeno no es problemático pues los principios que justifican la aplicación o excepción de una regla jurídica son tan jurídicos como las reglas mismas y por lo tanto la obligación de aplicar determinada regla depende del principio jurídico que la justifica y del principio del *status quo*, así, el derecho es capaz de dar respuestas sin necesidad de recurrir a

¹¹⁸ En Dworkin, *Los derechos en serio*, p 73

¹¹⁹ Capítulo 3.2

argumentos extrajurídicos.

En cambio, desde el positivismo el asunto resulta más complejo. Puede explicar el hecho de que los jueces puedan recurrir a razonamientos morales por dos vías: a) o señala que los argumentos morales que usan los jueces están justificados por la discreción judicial, o b) abandona la tesis de las fuentes en sentido estricto. El primer camino tiene un alto costo, implica renunciar a la autoridad del derecho. Sobre esto volveremos cuando tratemos la respuesta de Hart a las objeciones de Dworkin sobre la discreción judicial.

4.3 SOBRE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Como expusimos en el capítulo anterior, de la existencia de principios jurídicos Dworkin concluye la inconsistencia de la tesis de la regla de reconocimiento. Hart se hace cargo del asunto.

4.3.1 Pedigrí e interpretación

Para Dworkin hay que abandonar la regla de reconocimiento, pues, entendida como regla que se expresa en la práctica de los tribunales, no es capaz de reconocer los principios. Los principios solo pueden reconocerse mediante una interpretación constructiva: los integrantes del conjunto de principios que mejor calza y mejor justifica la historia institucional del Derecho. Ningún juez salvo Hércules puede lograr dicho cometido, pero de hecho los jueces tratan de actuar como Hércules.

Para Hart no es sostenible esta última afirmación, de hecho, incluso en los casos de fallos en que se ha recurrido a la interpretación constructiva, dicho método se ha usado limitadamente. Pero lo que resulta más importante es que Dworkin pasa por alto que muchos principios puede ser reconocidos, no porque su contenido sirva para interpretar el derecho establecido, sino a causa de su origen, de su pedigrí.

Dworkin se encaminó hacia un doble error: a) Creer que los principios no pueden reconocerse por su pedigrí, y b) creer que las reglas de reconocimiento solo pueden otorgar criterios relativos al pedigrí. La primera idea está errada porque, ni el carácter no concluyente de los principios, ni ninguna otra de sus características impiden que puedan ser reconocidos mediante criterios relacionados con su origen. Por ejemplo las disposiciones de una constitución escrita, de una ley, los principios del *common law*, etc.

Si se acepta que al menos algunos principios de derecho pueden identificarse mediante criterios de pedigrí, entonces hay que reducir la crítica de Dworkin a la pretensión más moderada de que muchos principios no pueden identificarse de este modo, ya sea por su cantidad, por su naturaleza escurridiza o porque no pueden ser reconocidos sino con referencia al esquema de su pertenencia al conjunto de principios que mejor justifican y calzan con la historia institucional. Algunos autores han sostenido que esta interpretación constructiva, más que un esquema alternativo al propuesto por la

regla de reconocimiento, se trata de una versión más compleja del positivismo blando, que identifica los principios por su contenido y no por su pedigrí. Aquí la explicación del segundo error. Esta forma será obviamente más incierta que la que Dworkin cree que los positivistas aceptan, pero demuestra que la verificación mediante un criterio interpretativo puede formar parte de una modalidad convencional de identificar el derecho.

De lo dicho se concluye, no solo que aceptar la existencia de principios es compatible con una regla de reconocimiento, sino también que para identificar los principios de la manera en que lo hace Dworkin, es necesario contar con una regla de reconocimiento. Ello porque el punto de partida para identificar un principio será contar con una cierta área del derecho establecido con la que pueda calzar el principio en cuestión, y a la que contribuya a justificar. En consecuencia, el uso del criterio interpretativo supone reconocer el derecho establecido, y para eso se requiere una regla de reconocimiento.

En *El imperio de la justicia*, Dworkin señala que las reglas y prácticas que son el punto de partida para la interpretación constructiva, constituyen el “Derecho preinterpretativo”. Según Hart gran parte de lo que se dice sobre él, parece confirmar que para identificarlo se requiere algo muy parecido a una regla de reconocimiento.

Para Hart la diferencia principal entre su punto de vista y el de Dworkin es que mientras él sostiene que el consenso general de los jueces respecto de los criterios para identificar el derecho depende de la aceptación de que hay reglas que proporcionan esos criterios, Dworkin habla de “consensos”, y “paradigmas” compartidos por los miembros de la comunidad y no de reglas. La diferencia está en que Dworkin se refiere a un consenso formado por convicciones independientes, en tanto Hart insiste en que para los jueces es importante que el criterio para determinar el derecho sea compartido por los demás y por los predecesores. Con esta limitación Hart señala que en definitiva la posición de Dworkin termina siendo muy parecido a la suya.

Sin embargo, ambas posiciones tienen consecuencias muy distintas, así por ejemplo, solo desde la perspectiva de Dworkin tiene sentido decir que la comunidad en general se ha equivocado en la aplicación de alguna de sus propias reglas, cosa que desde el punto de vista convencional de Hart resulta un contrasentido. Tampoco podría Hart reconocer la existencia de genuinos desacuerdos sobre la aplicación de alguna regla social pues el desacuerdo implica simplemente que la regla en realidad no existe. Todas estas cuestiones dependen por cierto de la teoría sobre el seguimiento de reglas que adoptemos y, podemos adelantar, del tipo de convencionalismo que defendamos.

4.3.2 La discreción judicial

El principal conflicto entre Dworkin y Hart tiene que ver con la afirmación del segundo de que existen casos que no están resueltos claramente por el derecho. En esos casos el juez estará obligado a fallar y no puede declararse incompetente ni remitir los antecedentes a la legislatura (como lo sugirió Bentham), en consecuencia, estará obligado a hacer uso de la discreción.

Dworkin rechaza esta imagen del derecho incompleto y sostiene que lo incompleto

no es el derecho sino la imagen que tienen los positivistas de él. El derecho además de normas explícitas identificables de acuerdo a las fuentes sociales está compuesto por principios de derecho implícitos.

Hart aclara que la facultad creadora de derecho de los jueces es limitada, pues por una parte está sujeta a numerosas restricciones y por otra, solo la podrán usar en casos excepcionales. Así, ninguna gran reforma surgirá del uso de la discreción judicial.

Hart hace frente a tres críticas de Dworkin:

1) La tesis de la discreción judicial representa una descripción errada de lo que hacen los tribunales en los casos difíciles. Ello, porque el lenguaje que usan jueces y abogados no corresponde al concepto de creación de derecho. Por otra parte la fenomenología de la decisión muestra que los jueces no operan en dos etapas, primero estableciendo si el derecho determina una decisión en un sentido u otro, y luego dejando de lado los libros y dedicándose a crear el derecho.

Hart señala que la retórica de los procesos judiciales y de la teoría de separación del poder del Estado explican un determinado uso de lenguaje sin que de ello se deduzca que ese lenguaje ritual deba ser igual a los planteamientos más generales y teóricos sobre el problema de la discreción.

Otra razón que se usa para no reconocer la discreción judicial es el uso de la analogía por parte de los jueces. Se sostiene que al justificarse los fallos en las analogías se está recurriendo a estándares existentes. Es efectivo que en los casos no reglamentados los jueces recurren a casos ya resueltos en busca de principios aceptados, sin embargo con ello no se excluye la discreción sino que solo se la posterga. En efecto es posible que no sea uno solo el principio sino varios, respaldados en analogías contrapuestas los que deba tener en cuenta el juez al decidir. En ese caso deberá elegir entre ellos basándose en su sentido de lo que es mejor y no en algún orden de prelación ya establecido por el derecho.

2) Otra crítica de Dworkin es la que se refiere al problema de la legitimidad democrática de los jueces. Se supone que en un sistema democrático, deben ser funcionarios elegidos quienes legislen. Hart responde la crítica señalando que: a) entregar a los jueces la facultad de resolver controversias no solucionadas por la ley puede ser un precio a pagar para eliminar los inconvenientes de métodos alternativos de regularlas como la remisión legislativa propuesta por Bentham, b) la delegación de un margen limitado de facultades legislativas en el ejecutivo es una característica común de las democracias modernas, y no parece crear demasiados inconvenientes, por lo tanto la delegación limitada a los jueces no debería ser una gran amenaza para la democracia, pues en ambos casos de facultades delegadas la legislatura tendrá un grado de control residual pudiendo derogar o enmendar las regulaciones delegadas que estime inaceptables. En casos donde la legislatura está sujeta a restricciones constitucionales, esta posibilidad está más limitada, sin embargo queda el engorroso camino de la reforma constitucional que puede ser el precio que haya que pagarse por imponer restricciones legales al gobierno.

3) La última crítica de Dworkin se relaciona con la ilegitimidad de la creación de derecho retroactivo por injusto, pues frustra las expectativas de quienes, al actuar, han

partido de la base de que las consecuencias de sus actos se determinarán por el derecho vigente al momento de realizarlos. Sin embargo, esta crítica vale cuando se modifica o invalida retroactivamente el derecho claramente establecido, parece inaplicable en los casos difíciles, pues estos casos no han sido cabalmente reglamentados por el derecho y por lo tanto no existe un derecho claramente establecido que justifique esas expectativas.

Las objeciones democráticas las dejaremos para más adelante, ahora interesa aclarar ciertas cuestiones que hemos venido insinuando que nos permitirán entender qué es lo que está en juego en este ataque de Dworkin contra la discrecionalidad judicial. Mantenemos la restricción que nos impusimos de evitar los argumentos

El positivismo tiene ciertas tesis. Una de ellas se refiere a su convencionalismo. Sin caer en el realismo que postula la existencia de entidades objetivas más allá de nuestras capacidades epistémicas, el convencionalismo mantiene la pretensión de objetividad a buen resguardo del escepticismo. La objetividad de derecho para el convencionalismo se deriva de las prácticas de las personas que refieren a creencias y actitudes compartidas, y por lo tanto dicha objetividad no va más allá de nuestras capacidades epistémicas.

Otra de sus tesis es que el derecho puede ser determinado en virtud del origen de las normas jurídicas. Esta es la tesis de las fuentes y lo que hace es evitar la indeterminación a la que conduce la referencia a normas en virtud de su contenido. La tesis de las fuentes ha sido atacada por el argumento de contraste con la práctica al que ya se hizo referencia y que es fundamentalmente lo que queda si a Dworkin le quitamos su carga realista.

El positivismo ha reaccionado de dos maneras distintas frente a dicho argumento, y lo que es más o menos lo mismo, frente a Dworkin. Una parte del positivismo ha optado por mantener la implicación conceptual de la tesis de las fuentes en la tesis convencionalista. La otra reacción ha sido separar ambas y sostener que la tesis convencionalista es necesaria en tanto que la de las fuentes es meramente contingente.

120

Para negar el argumento del contraste se puede: a) afirmar que los jueces recurren a genuinos argumentos morales (no determinados por convención) y con ello negamos que estén identificando el derecho (es lo que hace el escepticismo ante las reglas); y, b) negar que estén recurriendo a genuinos argumentos morales y afirmar que se está identificando el derecho, que es lo que intenta hacer Hart cuando sostiene que la regla de reconocimiento puede incorporar como criterio la referencia al contenido de las normas jurídicas. Con eso evita tener que sostener que en realidad cuando los jueces dejan de aplicar una norma jurídica por su contenido lo están haciendo por razones morales y en consecuencia el uso de la discreción puede implicar que las normas jurídicas no resulten obligatorias para ellos y en definitiva concluir que si no resultan obligatorias para los jueces, las normas jurídicas no resultan obligatorias para nadie.

Según Raz carece de sentido otorgar facultades legislativas si las normas creadas por medio de esas facultades no resultan obligatorias por lo tanto, seguir la ley implica, como cuestión conceptual, guiarse por las intenciones del legislador. Pero, por otra parte,

¹²⁰ Bayón, Ob. Cit., p. 12

lo que importa no es la intención psicológica del legislador. Lo que está presupuesto en la intención del legislador es la intención estándar de que lo promulgado sea “entendido del modo en que dichos actos se entienden normalmente en el contexto en que se realizan.”¹²¹ De este modo la intención estándar hace referencia a la práctica interpretativa del sistema jurídico. Por otra parte el mismo Raz señala “todas las decisiones judiciales se apoyan en una premisa adicional –i.e., que no hay nada en la situación que justifique modificar el derecho, o su aplicación al caso, por parte del tribunal en esta ocasión.”¹²² La justificación de esta premisa adicional es que Raz sostiene que la única convención interpretativa en las prácticas jurídicas es que existe discrecionalidad judicial. De ahí que según esta práctica las normas jurídicas identificadas con arreglo a las fuentes solo tienen fuerza obligatoria *prima facie*. Ahora, si la intención del legislador ha de entenderse haciendo referencia a las prácticas interpretativas que plantean que las normas jurídicas solo tienen fuerza obligatoria *prima facie*, entonces la intención del legislador no puede ser otra que crear derecho con fuerza obligatoria *prima facie*. De lo que se deduce que si el derecho no es obligatorio para los jueces, no lo es para nadie. La razón de que este argumento recurre a los conceptos de Raz es que ha sido este autor quien ha dado respuesta al problema del argumento del contraste respondiendo por medio del argumento de la discreción judicial.

El segundo camino para enfrentar el argumento de contraste con la práctica es sostener que los jueces, no recurren a un genuino argumento moral, sino que a un razonamiento jurídico determinado por las convenciones interpretativas, es decir, a argumentos condicionados por las prácticas concordantes de los partícipes en dichas convenciones, se enfrenta al problema de que no parece haber acuerdo en torno a las convenciones interpretativas. Este problema se da, recordémoslo, por la petición que nos hace el convencionalismo: la existencia de una regla requiere una práctica concordante; si hay controversia es porque no existe dicha regla.

Para enfrentar el desafío que plantea la falta de convergencia en torno a las prácticas interpretativas, que es bueno aclararlo, son constitutivas de la regla de reconocimiento, es necesario revisar nuestra teoría sobre el seguimiento de reglas.

Para el convencionalismo el derecho solo llega hasta donde llega la convención. El asunto es determinar si las convenciones llegan solo hasta donde llega el acuerdo explícito o si, manteniendo el convencionalismo, es posible postular que la convención llega más allá de donde llega el acuerdo y por lo tanto sí tiene sentido que haya una controversia legítima en materias de derecho.

4.4 LA TEORÍA DEL SEGUIMIENTO DE REGLAS

En lo que sigue expondremos el análisis efectuado por Marisa Iglesias Vila¹²³ sobre el

¹²¹ Joseph Raz, “La intención en la interpretación”, *Doxa*, número 20, 1997

¹²² J. Raz, *Postema on Law’s Autonomy and PublicPractical Reasons: a critical comment*, citado por Bayón, *Ob. Cit.*, p. 7

tema del convencionalismo y los límites del derecho.

4.4.1 El problema de los casos fáciles

Hart sostiene que la discrecionalidad judicial como posibilidad de elegir entre distintos cursos de acción admisibles cuando no hay respuesta jurídica correcta, solo se dará en algunos casos. Por ello la actividad discrecional es solo un aspecto secundario de la adjudicación. El presupuesto es que existen respuestas jurídicas correctas, que imponen al juez la obligación institucional de aplicar el derecho. Asimismo, postula que siempre habrá un contexto de indeterminación jurídica dada la textura abierta del lenguaje en el que el juez deberá cumplir con otra obligación, la de resolver cualquier caso echando mano a la discrecionalidad.

Marisa Iglesias se propone analizar críticamente el presupuesto del positivismo de que la discrecionalidad es un aspecto secundario de la adjudicación. Distingue dos problemas: a) la justificación del presupuesto de que hay, en algunos casos, respuestas jurídicas correctas, y b) la justificación de una tesis indeterminista aunque solo sea en algunos casos.

A diferencia de Dworkin que sostiene en *Los derechos en serio* que la cuestión de la discreción judicial se debe a que el positivismo no logra reconocer que el derecho *sí* tiene una respuesta correcta que ofrecer, Iglesias analizará el primer presupuesto, es decir que hay en algunos casos una respuesta correcta, mostrando las dificultades que existen para justificar dicho enunciado. Para ello destaca tres aspectos de la teoría positivista hartiana: 1) la tesis de las fuentes sociales del derecho; 2) la tesis del derecho-comunicación; y, 3) la teoría semántica convencionalista.

Estas tesis quieren decir que “el derecho es el contenido de actos normativos derivados de alguna autoridad que es reconocida como tal dentro de la comunidad. Las condiciones de validez jurídica o las fuentes del derecho están determinadas por reglas sociales y convenciones que identifican cuales son los procedimientos para crear pautas vinculantes de conducta. Asimismo, el derecho es un fenómeno básicamente comunicacional, es decir, un mecanismo para guiar la conducta mediante el lenguaje. Pero el contexto de la comunicación jurídica no se reduce a una relación lingüística directa entre el emisor y receptores particulares. De modo habitual, esta comunicación se establece mediante reglas generales formuladas en textos normativos. Desde esta perspectiva, conocer el derecho es una tarea fundamentalmente semántica. Saber qué derechos y deberes tienen los ciudadanos consiste, por una parte, en conocer cuáles son las fuentes de producción normativa que han sido socialmente reconocidas como tales, esto es, identificar el significado convencionalmente asociado al término “derecho”, o a expresiones como “derecho español”. Por otra parte, consiste en conocer el significado de las inscripciones lingüísticas mediante las cuales se reconocen estos derechos y deberes.”¹²⁴

Es fundamental definir cuándo el significado de un enunciado está determinado para

¹²³ En *Una crítica al positivismo hartiano: el problema del seguimiento de reglas*, http://www.giuri.unige.it/intro/dipsit/digita/filo/testi/analisi_1998/iglesias1.pdf.

la tesis de la respuesta correcta.

La semántica de Hart rechaza tanto la teoría intencionalista como la teoría referencialista del significado. En relación con el intencionalismo, se señala que, sea cual sea el significado de una norma, no depende de cada contexto de uso particular, es decir, no depende de la intención del emisor del mensaje lingüístico. La intención del legislador está, para Hart, limitada al lenguaje que usó para formular su voluntad. Para Raz la teoría intencionalista o pragmática solo sirve para percatarse que el derecho es el producto de determinados actos intencionales del legislador. “La autoridad efectúa un acto de habla que tiene la fuerza ilocutoria de intentar prescribir algo y, de hecho, prescribe algo; crea derecho a partir de expresar la intención de crearlo.”¹²⁵ Una vez formulado, el texto se independiza de su autor. La pregunta acerca del significado de la norma, lo es respecto del significado de las expresiones y no respecto de la intención de alguien. La tesis hartiana no llega a ser completamente acontextual pues el significado de las palabras es función del uso que se haga de ellas en la comunidad.

Por otra parte, también se contrasta la semántica hartiana con la tesis del referencialismo. Se dice que los términos jurídicos incluyendo la palabra “derecho” tienen un carácter indexical (actúan como designadores rígidos) es decir, designan clases naturales de objetos. El significado de los términos jurídicos está determinado por su referencia de modo que trasciende nuestras capacidades epistémicas. Se trata de la aplicación al derecho de la tesis del realismo interno de Hilary Putnam.¹²⁶

El positivismo de Hart rechaza el realismo semántico pues sostiene que el derecho es un fenómeno social por lo tanto, su existencia y contenido no puede ser desvinculado de las prácticas lingüísticas compartidas. El concepto de propiedad por ejemplo no tiene una contraparte natural o empírica. Lo que describen los conceptos jurídicos es una función, esto es, un modo de asignar consecuencias sociales a determinados actos o hechos.¹²⁷ Aún cuando existan restricciones en el uso de los términos, estas, están determinadas por lo que el conjunto de hablantes afirma, de modo que un positivista no podría sostener que el conjunto de hablantes pueda estar equivocado en relación con el significado de los términos que maneja.

De ahí que se diga (Jules Coleman) que el positivismo de Hart mantiene un “objetivismo semántico mínimo” en contraste con el objetivismo fuerte. Sostiene el objetivismo mínimo que la corrección de la asignación del significado puede trascender

¹²⁴ Iglesias, Ob. Cit., p 130

¹²⁵ Iglesias, Ob. Cit., p 131.

¹²⁶ Para el realismo interno en el derecho, ver Carlos Verdugo, “La pregunta por el concepto”, *Revista de Ciencias Sociales*, Facultad de Ciencias Jurídicas Económicas y Sociales; Valparaíso, Primer Semestre 1986

¹²⁷ Al respecto podemos señalar que los conceptos jurídicos son hechos institucionales y se diferencian de los hechos brutos en que su existencia e identidad no depende de cómo está configurado el mundo y de las relaciones causales entre sus elementos. Los hechos institucionales existen en función de una interpretación de eventos a la luz de prácticas humanas y reglas normativas. Ver apéndice sección 1.

las capacidades epistémicas de un sujeto pero no puede hacerlo respecto del conjunto de hablantes de la comunidad.

Postular un objetivismo mínimo permite contar con un criterio de corrección semántico que justifica sostener la existencia de casos fáciles que limitan la discrecionalidad judicial. El convencionalismo semántico de Hart intenta justificar un objetivismo mínimo, que garantice la determinación del significado, sin recurrir al realismo semántico. Se plantea la cuestión de si ello está justificado pues no basta señalar que el derecho es un fenómeno social. La pregunta apunta a determinar si es posible separar las instituciones sociales a las que se refiere el derecho de las descripciones convencionalmente asociadas a esos objetos, es decir si son independientes del conocimiento humano.

Para resolver este asunto se recurre al concepto de Wittgenstein de significado como uso. Iglesias sostiene que Hart asume una teoría del significado como uso que está a medio camino entre una versión criteriológica y una versión paradigmática. Insiste en que: a) lo que determina la existencia de un uso compartido es el acuerdo general en torno a casos obvios o paradigmáticos de aplicación de términos jurídicos, y por otra parte, b) que el compartir usos consiste en compartir criterios para la aplicación de términos clasificatorios. De manera complementaria se puede decir que de la existencia de casos paradigmáticos se puede inducir criterios generales de uso estableciendo condiciones mínimas, necesarias aunque no suficientes debido a la textura abierta, para el uso correcto de los términos.

Alguien acierta al asignar un significado cuando hay un uso establecido del lenguaje en su comunidad y describe correctamente en contenido de las convenciones que conforman ese uso. Así, se puede reducir la corrección de la determinación semántica a comportamientos humanos y estados psicológicos que se producen en determinado contexto. Por eso Hart insiste en que por una parte la regla de reconocimiento se podrá determinar observando el comportamiento de la comunidad que la usa (los jueces), y por otra parte, que el aspecto interno en el uso de esa regla por parte de los jueces está típicamente determinado por lo que hagan otros jueces.

Si se dice que se debe hacer x entonces se puede decir que una autoridad a la que se le reconoce socialmente poder normativo ha prescrito x, de acuerdo a nuestras convenciones lingüísticas. Aquí surge el problema, para el positivismo hartiano, el problema del seguimiento de reglas.

4.4.2 El problema del seguimiento de reglas

La tesis de Wittgenstein respecto del seguimiento de reglas se refiere al problema de si es plausible afirmar cuándo se está usando correctamente una regla semántica. Respecto de la tesis del significado como uso correcto de reglas existen dos posibilidades: a) la versión escéptica y b) la versión no escéptica.

La primera sostiene que no hay nada en la regla ni en los hechos como el uso pasado o las intenciones de quien la utiliza que permita determinar si el comportamiento actual está o no conforme a la regla. Según Wittgenstein cualquier acto puede constituir

el seguimiento correcto de una regla bajo una determinada interpretación. Se trata del concepto de todo vale.¹²⁸

En razón de lo anterior no cabe predicar a priori el uso correcto o la actuación de acuerdo a una regla. La determinación del significado únicamente se puede hacer a posteriori de la aplicación de las palabras, cuando el acto ha suscitado acuerdo general de la comunidad. Solo entonces se puede decir que se ha actuado correctamente.

Quien actúa, salta a ciegas sobre la base de su propia interpretación del contenido de una regla. Esta versión no rechaza la existencia de casos fáciles, lo que señala es que el elemento que determina la facilidad de un caso de aplicación de regla semántica no es la propia regla, sino el grado de consenso general que recibe cada presunto acto de seguimiento de la regla, cosa que depende de factores ideológicos y políticos. De ahí que se diga que el derecho es política.

La segunda lectura no escéptica sostiene que el problema expuesto por Wittgenstein no apoya la tesis del todo vale, ni niega los casos fáciles, como algo previo a la aplicación de una regla. Sostiene que la interpretación, entendida como la sustitución de una regla por otra, no puede ser el intermedio entre la regla y las instancias de uso. Conocer una regla no es sinónimo de ofrecer una interpretación de su contenido pues siempre cabe dar una interpretación que justifique un acto de acuerdo a una regla, tampoco sirven los hechos pues no pueden autoidentificarse.

Esta interpretación no escéptica de Wittgenstein se basa en otro comentario suyo: que hay una forma de captar una regla que no es dar una interpretación de la regla sino que se muestra en el hecho de actuar de acuerdo con ella. “El núcleo del significado de la regla se encuentra en la relación interna entre esta y los actos, conexión que se hace efectiva en la práctica de usar esa regla como estándar de corrección.”¹²⁹ Lo que importa es que desaparecen los intermediarios entre la regla y la acción.¹³⁰

Esta versión no escéptica puede apoyar dos tesis del positivismo hartiano: a) la idea

¹²⁸ Para el extremo escéptico de la interpretación de Wittgenstein sobre el seguimiento de reglas se pueden recordar sus comentarios en las secciones 185 a 190, así por ejemplo los siguientes: “Nuestra paradoja era ésta: una regla no podía determinar ningún curso de acción porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla, entonces también puede hacerse discordar. De donde no habrá ni concordancia ni desacuerdo.” Sección 201. El ejemplo de Wittgenstein se refiere a seguir una regla aritmética como continuar una serie de números cardinales $n+2$. El alumno llega a 1000 y continúa 1004, 1008, 1012 etc. “...esta persona entiende por naturaleza esa orden, con nuestras explicaciones, como *nosotros* entenderíamos la orden: <<Suma siempre dos hasta llegar a 1000, 4 hasta 2000, 6 hasta 3000, etc.>>” sección 185. “podemos decir: <<estos seres humanos están adiestrados de manera que todos den siempre el mismo paso a la orden “+3” en el mismo nivel.>> (en contraste con otros seres humanos que no saben que tienen que hacer al recibir esa orden; o que ciertamente reaccionan a ella con completa seguridad, pero cada uno de un modo diferente.)” sección 189. Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Editorial Crítica, segunda edición 2002.

¹²⁹ Iglesias, Ob. Cit., p 136

¹³⁰ Ver la sección 201 “...hay una captación de una regla que *no* es una *interpretación*, sino que se manifiesta, de caso en caso de aplicación, en lo que llamamos <<seguir una regla>> y en lo que llamamos <<contravenirla>>.” Y la sección 202 “por lo tanto seguir una regla es una práctica. Y creer seguir la regla no es seguir la regla.” Wittgenstein, ob. Cit.

de que existen casos fáciles en la aplicación de los términos clasificatorios, y en consecuencia que las reglas están parcialmente determinadas, y b) la distinción entre comprensión e interpretación de la norma. La comprensión consiste en la capacidad de usar el lenguaje de forma correcta, es decir, especificar las condiciones de uso. La interpretación es necesaria cuando el supuesto al que se debe aplicar un término no está cubierto, pero tampoco excluido del significado literal. En esos casos es necesario reemplazar la formulación de la regla por otra que elimine la indeterminación.

El presupuesto de ambas tesis es que no hay intermedios entre la regla y sus instancias de aplicación.

A juicio de Marisa Iglesias la insistencia en la interpretación no escéptica de Wittgenstein choca con la insistencia hartiana en referirse al consenso social como criterio normativo de significado.

Si se pretende distancia respecto de la versión escéptica de Wittgenstein entonces se debe tener alguna idea distinta de la relación entre consenso y significado que las expuestas justamente por esa versión del seguimiento de reglas. Así, esta relación no puede significar que el consenso fija a priori el significado correcto, pues ello olvida el problema que expone el escepticismo: que “tomar como criterio semántico un hecho del pasado no determina el contenido de los textos jurídicos pues cabe ofrecer múltiples reconstrucciones de este hecho.”¹³¹ Tampoco cabe señalar que la relación consiste en que el consenso determina *a posteriori* la corrección de los actos de aplicación pues ello significa aceptar la versión escéptica y con ello que el derecho está indeterminado.

Si se sigue la segunda lectura del problema del seguimiento de reglas, la determinación semántica debe buscarse en la relación interna entre regla y acto. La regla determina el uso pero no como entidad metafísica, sino en función de la relación gramatical entre la regla y las instancias de aplicación. Para Iglesias este parece ser tanto un punto de partida como de llegada. Para los autores que sostienen esta solución, el acuerdo, en tanto reflejo de una forma de vida, es lo que nos permite seguir reglas, sin embargo, ese acuerdo no nos permite juzgar cuando un acto es conforme a una regla. Hay que acudir “al acto de uso, a los criterios que se han usado o a cómo se ha utilizado en esta ocasión de aplicación el concepto de corrección.”¹³²

Esta conclusión puede significar dos cosas: a) dar a entender que acudir al acto de uso es confrontar cada acto particular con los comportamientos lingüísticos compartidos en la comunidad como reflejo de un acuerdo más básico en la forma de vida, de esta manera se acaba asumiendo alguna de las dos formas de relación significado-consenso que se descartaron ya; y b) acudir al uso significa que la pregunta acerca de si un acto supone el seguimiento de una regla solo puede ser contestada acudiendo a las circunstancias que rodean al acto particular y a la perspectiva individual del agente. Conocer el significado o captar una regla consiste en dominar una técnica o tener un criterio de uso. Solo de forma indirecta esa técnica puede ser un indicio de que se comparte una práctica social, y esto significa, que se es partícipe de una forma de vida.

¹³¹ Iglesias, Ob. Cit., p 137

¹³² Iglesias, Ob. Cit., p 138

Así un agente puede comprender una regla porque participa de una práctica social y ha internalizado una técnica compartida. Pero también puede comprender una regla es decir, internalizar una técnica, sin que exista consenso social o sin que exista alguna práctica social al respecto.

La ambigüedad en el concepto de acudir al uso, se debe a la tendencia a interpretar en forma equivocada el énfasis de Wittgenstein en la dimensión social del lenguaje como actividad humana. De que el lenguaje sea posible dado un acuerdo básico de los hablantes en las definiciones y juicios, se concluye que solo la comparación entre un acto singular y el grupal hace inteligible la distinción entre creer que se sigue una regla y seguirla efectivamente. Por eso se da al acuerdo el valor de darle un contenido determinado a la norma.

Esta interpretación es errónea porque: a) la noción de seguir una regla es compatible con el hecho de que la comunidad este equivocada al aplicar sus propias reglas. Las reglas establecen un patrón de corrección tanto para la acción individual como para la acción grupal; b) la proposición de Wittgenstein no conlleva la consecuencia de que Robinson Crusoe deje de estar en condiciones de seguir una regla. Lo que necesita para ello es tener una práctica de seguimiento, es decir un criterio de corrección. Por otra parte la posibilidad de seguir reglas implica un uso regular y la versión de Wittgenstein parte de la multiplicidad de actos y no de la multiplicidad de usuarios. Que el acuerdo sea un requisito de la existencia de nuestros juegos de lenguaje compartidos no significa que esté incluido dentro de las reglas de actuación de este juego. El criterio de corrección es interno a la propia práctica y es en este aspecto interno donde se discute en torno al significado.

El positivismo hartiano parece asumir implícitamente la lectura del seguimiento de reglas que acaba de ser criticada. Hart por ejemplo sostiene que “los casos claros son aquellos en los que hay un acuerdo general respecto a su inclusión dentro del alcance de la regla.”¹³³ Así parece alejarse de la pretensión de que el criterio de adecuación semántica deba buscarse en una relación interna entre la regla y el acto de uso. El acuerdo social termina siendo un intermediario justificatorio, por eso el positivismo no admite la posibilidad de que la comunidad puede estar puntualmente equivocada respecto de la aplicación de alguna de sus propias reglas. Esto solo es posible si se desvincula el acuerdo del seguimiento de reglas y se sostiene por ejemplo la existencia de casos fáciles a pesar del desacuerdo.

Asumir que la comunidad pueda estar equivocada implica aceptar que un juicio acerca de la aplicación de la regla puede tener sentido y estar justificado a pesar de no ser compartido. El positivismo tampoco admitiría que Robinson Crusoe pueda seguir reglas.

La semántica positivista no logra distinguir que la existencia de un consenso social aún cuando pueda explicar por qué seguimos reglas, no logra discernir entre el seguimiento de una regla y la apariencia de tal seguimiento.

¹³³ Hart, Ob. Cit., p 158

4.4.3 Un nuevo punto de partida

Para superar el desafío escéptico hay que postular una versión del seguimiento de reglas que no presuponga intermediarios entre la regla y el acto de aplicación. Se plantea la cuestión de si es compatible con el positivismo hartiano la idea de abandonar el convencionalismo para responder al escepticismo.

Para saberlo se adelantan algunas ideas acerca de la relación interna entre regla y acto. La tesis de la relación interna tiene varios aspectos:

Debe indicar que cuando se actúa en virtud de una regla no se actúa arbitrariamente sino basándose en alguna razón: la existencia de la regla. La simple regularidad no es un dato útil. Iglesias cita el ejemplo de las hormigas dibujantes de Putnam (unas hormigas describen un rastro en la arena que parece un retrato de Churchill, no decimos que las hormigas han hecho un retrato de Churchill.)

Otro elemento es la existencia de una práctica de seguimiento, ser partícipe en un determinado juego de lenguaje, de una determinada técnica, la de reconocer qué actos suponen un seguimiento correcto de la regla y cuáles no. Por eso no se puede seguir la regla sin haber captado el criterio de corrección.

El criterio de corrección interno debe permitir distinguir entre la creencia de que se sigue una regla y el hecho de hacerlo efectivamente; luego, ha de contener un elemento de objetividad. Debe haber una forma de presuponer un acto correcto según la regla sin recurrir a intermediaciones entre conocer y aplicar estándares.

El criterio de corrección es interno a la práctica, de modo que participar en esa práctica implica la creencia de que hay un estándar para evaluar el comportamiento, y que hay formas más correctas que otras de indicar qué comportamientos se adecuan a la regla. Se supone que discutir acerca de cuáles son los actos correctos debe ser algo distinto de las opiniones de los participantes. Participar requiere haber comprendido previamente la regla, pero también asumir la posibilidad de haber comprendido mal.

Trasladada la cuestión a la práctica jurídica, con Dworkin podemos decir que señalar que un juez ha captado mal el contenido del derecho no es decir que ha mal entendido el comportamiento lingüístico de su comunidad, sino sostener que ha llegado a una conclusión errónea de cuáles son las exigencias jurídicas para el caso que se discute. Emitir este juicio supone tener una posición respecto a lo que prescribe el derecho en ese punto y por lo tanto requiere formar parte de la práctica.

Si el positivismo pretende superar la prueba escéptica debe abandonar la tesis de las fuentes sociales del derecho como tesis semántica. Esa tesis representa un límite a nuestros juicios acerca del derecho y ese límite, como señala Raz, conecta la existencia y el contenido del derecho con hechos de conducta humana susceptibles de ser descritos en términos valorativamente neutros. Estos hechos son el fundamento de verdad de los enunciados normativos. Pero asumir esta restricción supone caer en el problema que representa el escepticismo: cualquier hecho puede ser descrito de múltiples formas.

La alternativa es leer la tesis de las fuentes como un postulado mínimo. El derecho

es el producto de ciertos actos normativos de autoridades socialmente reconocidas, pero eso no ofrece una respuesta a que es jurídicamente correcto, y por lo tanto, cuando es necesaria la discreción judicial, la cuestión sobre el significado de los términos jurídicos es interna a la práctica, y si ni las intenciones del legislador, ni las convenciones sociales sirven, entonces la tesis de las fuentes falla.

Responder la cuestión de cuando un juicio de derecho es correcto, requiere adoptar una posición participativa sobre el tema de cuales son buenos argumentos dentro de la práctica jurídica. Lo que no es igual a cual sería un buen argumento para la mayoría de los hablantes competentes de la comunidad. Se trata de discutir qué exige la práctica en que se participa.

El positivismo debe aportar razones a su tesis de que la determinación depende del consenso y que la falta de él conlleva indeterminación. Debe aportar razones para sostener que la mejor caracterización de nuestro juego de lenguaje es que habría de garantizarse el acuerdo. Pero estas razones no pueden residir en el consenso, pues de lo contrario hay regreso infinito. Se requiere algún otro criterio.

CAPITULO 5. CONSENSO Y FUNSIÓN POLÍTICA DEL DERECHO

El capítulo anterior termina con una conclusión provisoria: El positivismo debe replantearse el problema de la tesis del consenso pues esta ha resultado completamente insuficiente para hacer frente a las críticas escépticas sobre el seguimiento de reglas. Una alternativa atractiva a estas alturas sería quitar el paréntesis en que hemos dejado el alegato realista de Dworkin y buscar en la ontología jurídica aquellos elementos que nos permitan justificar la verdad de los enunciados jurídicos en reemplazo de la tesis de las fuentes.

No lo haremos así. Aún es posible plantear la cuestión sobre el derecho desde una perspectiva convencionalista, pero se trata de un tipo distinto de convencionalismo. Juan Carlos Bayón distingue entre el convencionalismo superficial y el convencionalismo profundo.

5.1 DOS MODELOS DE CONVENCIONALISMO

Por convencionalismo superficial se entiende aquél que plantea que solo existe una regla social cuando hay acuerdo explícito por parte de la comunidad acerca de la totalidad de los casos de aplicación correcta. Más allá de ese acuerdo explícito no hay regla. De esto

se deducen consecuencias como el sinsentido de un error generalizado en la comunidad sobre la aplicación de una regla determinada o la imposibilidad de controversias genuinas sobre la aplicación de una regla a un caso difícil atendido el hecho de que la controversia es incompatible con la existencia de la regla.

La existencia de cualquier práctica social normativa requiere criterios de corrección compartidos. El convencionalismo superficial señala que los criterios que la comunidad considera correctos determinan sin más trámite qué es correcto. Raz ha reparado en que para afirmar la existencia de criterios de corrección no es necesario que cada individuo, o alguno cualquiera, pueda formular dichos criterios de manera exhaustiva, ni que deba haber acuerdo en su aplicación efectiva. Aceptar este espacio entre la existencia de un criterio de corrección y la posibilidad de su formulación exhaustiva es lo que permite según Bayón, plantear un tipo de convencionalismo distinto.

El convencionalismo profundo indica que la existencia de criterios públicos se muestra en el acuerdo en torno a ciertos casos paradigmáticos de aplicación correcta de la regla sin que la extensión del acuerdo se limite a esos casos. El reconocimiento de casos paradigmáticos implica dominar una técnica sobre el uso de las reglas. Pero esta técnica no requiere más que un conocimiento tácito de los criterios de corrección. En este sentido el convencionalismo se parece más a la moralidad concurrente de la que hablaba Dworkin, que a la moralidad por convención.¹³⁴

Sin dejar de ser una forma de convencionalismo, pues la objetividad de los hechos relevantes no se debe a nada que no sea un conjunto de creencias compartidas, no acepta que la respuesta correcta dependa del asentimiento de la mayoría o de la constatación de lo que hace el conjunto de la comunidad, ni que la falta de un acuerdo mayoritario implique la inexistencia de una respuesta correcta. Porque no es el acuerdo explícito, sino el trasfondo de criterios compartidos, lo que define la existencia de una convención. Hay que prevenir que por “acuerdo explícito” no hemos de entender una formulación verbal; nada de eso, el simple comportamiento puede ser interpretado como un caso de acuerdo explícito.

Obviamente el espacio que puede haber entre el acuerdo explícito y los criterios implícitos es variable. Así por ejemplo, el uso de la expresión rojo, dará lugar a muy pocos desacuerdos, se trata de un concepto relativamente incontrovertible.

En otros casos el asunto será más difícil. Un criterio esencialmente controvertido pasará, dice Bayón, “por la apelación a otros conceptos, de manera que es posible identificar casos paradigmáticos de aplicación de los primeros aun sin tener mucha claridad acerca de la relación precisa con los segundos que reconocemos como ejemplificada en esos paradigmas. Lo mismo ocurre con las reglas de comportamiento en contextos más complejos en los que la extensión de cada una de ellas se hace depender de su relación con fines y valores muy generales.”¹³⁵ En esos contextos es posible hablar de genuinos desacuerdos acerca de la aplicación de una regla.

¹³⁴ Ver capítulo 3.4.1

¹³⁵ Bayón, Ob. Cit., p 21

La pregunta lógica es ¿Cómo acceder a ese trasfondo de acuerdo tácito acerca de los criterios de corrección en las prácticas más complejas? Bayón propone que si habrá de establecerse algún tipo de epistemología para el convencionalismo profundo, esta debe tomar la forma de un razonamiento de naturaleza holista –finalmente como la que Dworkin propone para Hércules. Un razonamiento que partiendo de los casos que aparezcan como paradigmáticos, intente establecer lo relevante en ellos, formule hipótesis sobre los criterios de aplicación que parezcan poner de manifiesto esos factores relevantes y, vuelva después a considerar otros casos que parezcan igualmente paradigmáticos con el objeto de poner a prueba la admisibilidad de las hipótesis formuladas.

Este procedimiento puede llevarnos a la conclusión de que lo que parecía un caso paradigmático no lo era o que la hipótesis que se ha formulado debe ser abandonada. Algo muy parecido al concepto de equilibrio reflexivo de Rawls. Una deliberación en busca de coherencia entre las que consideramos a primera vista como aplicaciones claras de la regla y las mejores hipótesis que se puedan articular para explicar y justificar los criterios que consideramos compartidos a la luz de esos casos claros.

Este tipo de razonamiento nos ha colocado nuevamente en el camino iniciado por Hércules. Lo relevante es que hemos llegado a conclusiones coincidentes con Dworkin sin necesidad de recurrir al realismo moral, y esto tiene una justificación: este tipo de epistemología holística que hemos descrito, similar a la del héroe de Dworkin se da muy bien con un tipo de razonamiento que, al igual que la moral esta siempre limitando con el derecho. Se trata del razonamiento político. Hemos visto que Hércules estaba orientado en su actividad reconstructiva por ciertas exigencias de tipo político, fundamentalmente la exigencia de coherencia entre la teoría reconstructiva justificatoria y los casos de aplicación particulares. El argumento del convencionalismo profundo también recurre a la exigencia de la coherencia.

Hemos renunciado a justificar cualquier crítica al positivismo desde una ontología realista. Pero eso no nos impide reconocer que los consensos que imperan en nuestras prácticas normativas son de distintos niveles. Podríamos decir que hay ciertos consensos sociales más resistentes al cambio que otros. La aplicación de las “vías verdes” en Santiago fue un caso de consenso social muy poco resistente al cambio. Por el contrario, la prohibición del incesto es quizá una de nuestras prácticas convencionales más resistentes al cambio.¹³⁶ De modo que, desde el punto de vista práctico, la existencia de un consenso social profundo y muy arraigado resulta análoga al reconocimiento de una verdad ontológica: nos dará un criterio de corrección (en el seguimiento de la regla que expresa ese consenso) basado en la convicción y no en la mera convención (como el caso del incesto). A la inversa, es posible que mediante alguna teoría psicológica acerca del súper yo podamos reducir lo que Dworkin llamaba consenso por convicción o moralidad concurrente¹³⁷ a algún tipo de mecanismo más sofisticado de moralidad convencional.

¹³⁶ Tan resistente al cambio que es discutible que sea una práctica consensual

¹³⁷ Dworkin, Ob. Cit., p 111

Esto evita esa característica “protestante” que ha señalado Gerald Postema sobre la tesis de *Los derechos en serio*. Se trata de que la corrección de nuestros juicios jurídicos, la respuesta correcta, se dé en la subjetividad, en la convicción estrictamente individual.¹³⁸ En consecuencia es posible que haya una respuesta correcta que no dependa exclusivamente del comportamiento o del consenso explícito (como postula el positivismo), pero si es así, esa respuesta hay que buscarla en la deliberación intersubjetiva acerca de los presupuestos de nuestras prácticas. Se trata en definitiva de que la existencia de reglas sociales es un asunto político.

En el derecho existen consensos más resistentes que otros. Pero a diferencia de otros sistemas normativos el derecho está fundamentalmente formado por reglas válidas. Las normas jurídicas que deben su existencia a su aceptación son pocas (Hart solo le reconocía este privilegio a la regla de reconocimiento y a las normas consuetudinarias). Dworkin abrió el camino al reconocimiento de otras normas jurídicas que deben su reconocimiento a su aceptación: los principios jurídicos. En un sistema jurídico arcaico decía Hart, las reglas jurídicas eran básicamente consuetudinarias y por lo tanto debían su existencia a su aceptación. En un sistema jurídico moderno, la mayoría de las normas jurídicas deben su existencia a la actividad legislativa centralizada, es decir a su validez.

Es lógico suponer que mientras en los sistemas jurídicos arcaicos la analogía normativa más obvia es la moral, en un sistema jurídico moderno la analogía ha de ser la política. Así lo intuyó Hércules que estaba muy pendiente de sus responsabilidades políticas.¹³⁹

Quizá los principios jurídicos que deben su existencia a las exigencias de la responsabilidad política no sean especialmente antiguos, pero en una democracia constitucional y en una sociedad plural, donde existen concepciones morales opuestas, esos principios jurídicos de origen políticos adquieren una gran relevancia. A esos principios nos referiremos ahora.

5.2 HABERMAS, EL DERECHO, POLÍTICA Y MORAL

Habermas se pregunta ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?¹⁴⁰

¹³⁸ Por eso no es raro que Dworkin recurra a un héroe fuerte pero solitario como Hércules.

¹³⁹ En este punto todo depende de lo que entendamos por política. Si analizamos el concepto de política desde una perspectiva nominalista habremos de reducirlo a su manifestación más concreta: el poder. Por esa vía volvemos al punto de partida donde el derecho se reduce a una prescripción del poder. Pero podemos pensar en la política en un sentido más amplio, como un espacio de comunicación y persuasión recíproca entre personas libres e iguales enfrentadas en la tarea de coordinar sus respectivas formas de vida. En este sentido la política recupera el momento deliberativo al que apuntaba Dworkin con la incorporación de los principios en la argumentación jurídica y cobra sentido el que la cuestión de los consensos profundos pueda entrar en ese momento deliberativo.

¹⁴⁰ Jürgen Habermas, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Buenos Aires, Paidós, primera edición 1991, reimpresión 1998.

Sostendrá la tesis de que no hay una total separación conceptual entre derecho y moral por un lado, y derecho y política, por otro.

Para entender por qué la diferenciación del derecho no disuelve su entrelazamiento interno con la política y la moral, hay que revisar el nacimiento del derecho positivo. Este proceso se extiende desde finales de la Edad Media hasta las codificaciones de fines del siglo XVIII. En los países del *common law*, se dio algo parecido con la reorganización del derecho consuetudinario por el derecho romano, efectuada por juristas de formación académica. En este proceso el derecho se va adaptando a las necesidades del tráfico capitalista y de la administración burocrática del estado territorial. Lo que la positivación del derecho signifique desde un punto de vista filosófico, puede entenderse mejor sobre el trasfondo de la estructura triple del sistema jurídico medieval.

El sistema jurídico de las viejas civilizaciones está conformado por tres elementos: a) a la cabeza por el derecho sacro administrado en términos exegéticos por expertos teólogos y juristas, b) el centro del sistema lo conforma el derecho burocrático del príncipe, rey o emperador, quien es al mismo tiempo juez supremo, en concordancia con el derecho sacro, y c) ambos derechos dan forma al derecho consuetudinario, por lo general no escrito, que en última instancia proviene de las tradiciones jurídicas de cada etnia.

En el medioevo las cosas fueron un poco más matizadas que este esquema pues el derecho sacro de la iglesia mantuvo el alto nivel técnico y conceptual del derecho romano. A la vez, el derecho burocrático conectaba al menos con la idea de lo que había sido el imperio romano. Incluso el derecho consuetudinario se debía a una cultura mixta romano-germánica en las provincias occidentales del imperio y a partir del siglo XII venía siendo objeto de transmisión escrita.

Pero en lo básico, se respeta la estructura señalada: derecho sacro constituido por el orden cósmico o una historia de salvación, articulado en el horizonte de la religión católica. Derecho sacro o natural que no estaba a disposición del príncipe sino que era más bien un marco legitimador en el cual el príncipe ejerce su dominio profano. Todo el derecho medieval recibe su validez del origen divino del derecho natural cristiano. No puede crearse derecho nuevo si no es en nombre del antiguo. Pero esta comprensión tradicional del derecho contiene una tensión que se da entre los dos elementos de derecho provenientes del príncipe. Como juez supremo estaba sometido al derecho sacro pues así se transmite la legitimidad de lo sacro a lo profano. Pero también el príncipe está situado a la cabeza de una organización administrativa que hace uso del derecho como medio, que nacido de sus mandatos, tiene un carácter colectivamente vinculante. Este derecho en tanto que medio del ejercicio del poder burocrático, solo puede cumplir funciones de orden y mantenimiento de formas tradicionales que, por otra parte, en tanto que formas jurídicas sacras, no tiene ese carácter instrumental y se sitúan por encima del príncipe. Entre estos dos derechos, uno instrumental y otro sacro, se dan permanentes tensiones.

Esta tensión permanece oculta en tanto no se ataquen los fundamentos sacros del derecho, y el derecho consuetudinario se mantenga firmemente anclado en la práctica cotidiana.

Dado que en la modernidad son cada vez más difíciles de cumplir estas dos condiciones, la positivación del derecho aparece como una reacción motivada por tales cambios. Las convicciones religiosas se van disolviendo en convicciones últimas de tipo subjetivo y privado y las tradiciones del derecho consuetudinario quedan absorbidas por el derecho de los juristas que hacen un uso moderno de él. La estructura trimembre del sistema se viene abajo. El derecho, esta vez de una sola dimensión, ocupa el lugar que tenía el derecho burocrático. En tanto que el poder del príncipe se desvincula del derecho sacro y se vuelve soberano. Así empieza a llenar los espacios que ocupaba el derecho natural de los teólogos. Establecimiento, ejecución y aplicación del derecho se vuelven tres momentos de un proceso único gobernado por el poder político, y lo siguen siendo aún después de diferenciarse los poderes del Estado.¹⁴¹

Cambia la relación entre los dos momentos que eran el del carácter sacro e instrumental del derecho. Cuando se han diferenciado lo suficiente, los programas legislativos anteceden al poder judicial. Habermas se pregunta si ¿Puede un derecho político, que es susceptible de cambiar a voluntad, mantener aún la autoridad vinculante que antes rodeaba al derecho sacro? Eso es ¿Puede el derecho positivo obligar internamente, si ya no puede recibir su validez de un derecho superior? El positivismo responde afirmativamente estas preguntas. En una primera variante (Austin) el derecho queda privado de su carácter normativo general y solo viene definido en términos fácticos: el derecho es ahora exclusivamente lo que el soberano manda, con eso desaparece el residuo metafísico que tenía –incluso en Hobbes. La otra variante supone que las leyes solo pueden cumplir su función de regulación judicial de conflictos cuando conservan un momento de la incondicionalidad que tenían. Kelsen propone que ese momento solo puede tener su fuente en la forma del derecho positivo y no en los contenidos que el derecho positivo conserve del derecho natural. Así, el sistema jurídico separado de la política y de la moral, con la función judicial como su núcleo, es el único lugar donde el derecho puede conservar su fuerza y su autonomía. En ambas respuestas parece ser que se puede prescindir de las garantías de validez metajurídica que antiguamente representaba el derecho sacro, sin necesidad de sustituto.

Pero los orígenes históricos del derecho tradicional y del derecho moderno hablan contra esa tesis. El derecho antecede a la formación del poder políticamente organizado, mientras que el derecho estatalmente sancionado y el poder estatal jurídicamente organizado surgen simultáneamente en forma de régimen político. Es la evolución arcaica del derecho la que hace posible la aparición del orden político en el que el poder estatal y el derecho estatal se constituyen recíprocamente. Consideradas así las cosas “es difícil imaginar que el derecho pueda quedar alguna vez enteramente absorbido por la política o quedar escindido por entero del sistema político.”¹⁴²

Más allá de lo anterior, se puede demostrar que determinados aspectos de la

¹⁴¹ Se trata de un proceso paulatino. En el common law, por ejemplo, el aspecto justificatorio del derecho instrumental se buscó en la sedimentación de racionalidad contenida en el derecho consuetudinario. En contra de esta tradición medieval se enfrenta Hobbes. Ver el *Dialogo entre un filósofo y un jurista* y su polémica en contra del juez Edward Cooke. Hobbes, Ob. Cit.

¹⁴² Habermas, Ob. Cit., p 138

conciencia moral desempeñaron un papel en la articulación de la simbiosis de derecho y poder estatal, papel similar al que desempeñó en el tránsito del derecho tradicional al derecho positivo profano asegurado por el monopolio de la violencia y dejado al arbitrio del legislador. Se trata del momento de incondicionalidad, que aún hoy, desempeña la interconexión entre derecho y política por un lado y derecho y moral por otro, como contrapeso a la instrumentalización política del derecho.

En la simbiosis entre derecho y poder estatal se produce por primera vez este momento de incondicionalidad. En las sociedades neolíticas rigen típicamente tres formas de resolución de conflicto: la autocomposición, la invocación ritual de poderes mágicos y la mediación arbitral como equivalente pacífico de la violencia y la magia. Pero los mediadores carecen del poder para cerrar los litigios de manera vinculante. Por otra parte, el derecho arcaico está tan ligado a la costumbre y las representaciones religiosas, que casi no se pueden distinguir fenómenos jurídicos de otros fenómenos normativos. El concepto de justicia está entretejido con la imagen mítica del mundo, los medios de solución de controversias sirven a la recomposición de un equilibrio roto. El orden de simetrías se extiende por igual a personas, grupos, la sociedad entera, la naturaleza, etc. La gravedad de un delito se mide por sus consecuencias, es decir no existe el concepto de culpa. Las sanciones tienen el sentido de una compensación de un perjuicio, y no el del castigo por la trasgresión de una norma. Así no se pueden separar cuestiones de hecho de cuestiones de derecho.

Las típicas distinciones normativas entre delitos intencionales y negligentes aparecen cuando aparece el concepto de norma jurídica, es decir una norma independiente de la situación, que es previa y está por encima de las partes y del juez. En torno a este núcleo se cristaliza el concepto de conciencia moral “convencional” (L. Kohlberg). Se trata de que sin ese concepto lo que hace el juez es intentar convencer a las partes de que lleguen a un compromiso. Para ello puede hacer uso de su prestigio personal pero le falta el poder político, no puede apelar a la autoridad de una ley que de forma impersonal obligue a todos, ni a la conciencia moral de los implicados.

Habermas propone un experimento mental: Supone que antes del surgimiento de una autoridad estatal, se desarrollan ideas jurídicas y morales convencionales (en el sentido de Kohlberg), entonces un jefe a la hora de resolver un conflicto puede apoyarse en el carácter vinculante de normas jurídicas reconocidas, pero aún ese carácter no cuenta con el respaldo fáctico del poder coercitivo. En ese escenario, su papel de jefe, fundado en su influencia y prestigio fáctico, puede sufrir un cambio importante en tres secuencias: primero el jefe, en tanto protector del derecho reconocido, participará del aura del derecho que administra. Así, la autoridad normativa del derecho se transmite de la competencia del juez al poder de mando del jefe, por la vía de la identidad personal. El poder fáctico del jefe se transformará gradualmente en un poder dotado de autoridad normativa, es decir de alguien que puede dar órdenes y establecer obligaciones colectivamente vinculantes. De ese modo y en segundo lugar, se transforma también la cualidad de las decisiones judiciales. Tras las normas jurídicas moralmente obligatorias no estará solo la presión difusa de la colectividad o el poder fáctico de la autoridad sino la sanción con que amenaza un príncipe dotado de poder político legítimo. Surge así el modo de validez ambivalente característico del derecho estatal, donde se funden

reconocimiento y coerción. Con ello, en tercer lugar, el políticamente poderoso se habrá hecho de un medio para crear cargos y administrar burocráticamente ese poder. Como medio de organización el derecho cobra, junto a su aspecto incondicional de derecho objetivo, el carácter instrumental.

Solo cuando las imágenes del mundo se van haciendo más complejas surge una conciencia moral convencional. “Solo una conciencia ligada a normas ancladas en la tradición y moralmente obligatorias hacen posible la transformación del poder fáctico en un poder dotado de autoridad normativa; solo cuando se dispone de poder legítimo es posible proceder a implantar políticamente normas jurídicas; solo el derecho coercitivo puede usarse para la organización del poder estatal.” “Si se analiza el entrelazamiento de moral inserta en una imagen religiosa del mundo, poder jurídicamente legitimado y administración estatal organizada en forma jurídica, resulta claro lo insostenible de las dos concepciones positivistas del derecho.”¹⁴³

La reducción que hace Austin del derecho a mandatos del poder político, disuelve el derecho en la política. Pero con ello se descompone el concepto mismo de política. Pues la dominación política ya no puede entenderse legitimada jurídicamente. Si el derecho se entiende al servicio del poder, ya no tiene fuerza legitimadora. La misma consecuencia se sigue de la versión de Kelsen. Si el derecho positivo puede mantener su autonomía por su fuerza propia, es decir mediante las aportaciones dogmáticas de la práctica judicial fiel a la ley, separada de la política y de la moral, tan pronto como la vigencia del derecho pierde toda relación moral con la justicia, se torna difusa la misma identidad del derecho, pues faltan los aspectos legitimadores de los que se siga que el derecho debe mantener y preservar alguna estructura.

Si las sociedades no pueden renunciar al derecho, o reemplazarlo por algo que, con ese nombre, sea completamente distinto, la positivación del derecho plantea un problema. Un problema incluso por razones conceptuales, pues al derecho sacro hay que buscarle un sustituto que permita al derecho positivo mantener el momento de incondicionalidad que le daba lo sacro. En el mundo moderno ese momento se lo dio el derecho natural racional, el cual no solo es importante para la filosofía del derecho, sino que para la dogmática, en la medida en que tuvo una importancia directa en la codificación y en la práctica jurídica de realización y desarrollo del derecho. Dos puntos deben ser resaltados: a) el derecho natural racional, se liga a una nueva etapa de la conciencia moral, que vincula al derecho moderno a principios y lo coloca en el terreno de la racionalidad procedimental; b) “unas veces fue la positivación del derecho como tal, y otras la necesidad de fundamentación nacida de esa positivación lo que quedó en primer plano como fenómeno necesitado de explicación; correspondientemente, las teorías del contrato social se desarrollaron en direcciones opuestas.”¹⁴⁴ Pero ninguna de esas direcciones fue capaz de dar una explicación de la relación entre los momentos de incondicionalidad e instrumentalidad que caracterizan al derecho.

El derecho natural racional reacciona frente a la caída del derecho sacro y de la

¹⁴³ Habermas, Ob. Cit., p 142

¹⁴⁴ Habermas, Ob. Cit., p 144

moralidad de una política interpretada crecientemente en términos naturalistas y guiada por intereses referidos a la autoafirmación de los recientes Estados. En tanto el Estado logra hacerse con el monopolio de la producción de derecho, este derecho transformado en medio de organización corre el riesgo de perder su relación con la justicia y con ello su carácter de derecho. Con la positivización del derecho en manos del soberano, el problema de su fundamentación no desaparece, sino que debe ser respondido en el terreno más estrecho de la ética profana.

La figura básica del derecho privado, el contrato, es el que capacita a la autonomía privada a crear derechos subjetivos. La idea de contrato social tiene por objeto justificar moralmente el poder ejercido en forma de derecho positivo. Un contrato que cada individuo autónomo celebra con los demás, solo puede tener por contenido algo que razonablemente todos puedan querer, con miras a la satisfacción de los intereses individuales. Así, solo resultan aceptables aquellos ordenamientos que puedan contar con el consentimiento libre de todos. De ese modo la razón del derecho natural moderno, es una razón práctica. Exige distinguir entre normas, principios justificatorios y procedimientos. Procedimientos por los que podamos examinar si las normas, a la luz de los principios, pueden contar con el consentimiento de todos. La idea de contrato social pone en funcionamiento un procedimiento de ese tipo, de modo que el derecho positivo queda sometido a principios morales. En el tránsito hacia la modernidad, es una nueva conciencia moral la que marca la pauta evolutiva.

5.3 DERECHO NATURAL RACIONAL: ALGUNAS VERSIONES

Hobbes se siente fascinado ante el hecho de que el derecho pueda cambiarse a voluntad. Kant, por el contrario está preocupado por el déficit de fundamentación que aqueja al nuevo derecho positivo.

Hobbes desarrolla su teoría partiendo de premisas que privan tanto al derecho como a la política de toda relación con la moral. El derecho positivo debe funcionar sin un equivalente racional al derecho sacro. Pero su teoría, por otra parte, lo que hace es ofrecer a los lectores un equivalente racional a ese derecho sacro. Hobbes cae en una autocontradicción performativa. “El contenido manifiesto de su teoría, que explica cómo el derecho totalmente positivizado funciona de forma ajena a la moral, cae en contradicción con el papel pragmático de la teoría misma, que trata de explicar a los lectores por qué, como ciudadanos libres e iguales, podrían tener buenas razones para decidir someterse a un poder estatal absoluto.”¹⁴⁵

Kant hace explícitos los supuestos normativos de Hobbes, y desarrolla desde el comienzo su teoría del derecho en el marco de una teoría moral. Para Kant el principio

¹⁴⁵ Habermas, Ob. Cit., p 147. Esto también corre para la dupla Bentham / Austin, donde el utilitarismo cumple la función justificatoria del positivismo jurídico.

general subyacente al sistema jurídico es el imperativo categórico. De este principio se sigue el derecho subjetivo de cada uno a exigir a los demás el respeto a la libertad en la medida en que esa libertad pueda ser puesta en concordancia con la libertad del resto. Así, en contraste con el carácter meramente instrumental del derecho en Hobbes, en Kant el derecho toma un color completamente moral. Pero estas versiones no sirven al objetivo del derecho natural de explicar las condiciones de legitimidad del derecho positivo. Hobbes sacrifica la incondicionalidad del derecho a su positividad y en Kant, el derecho natural deducido *a priori* de la razón práctica toma tal preponderancia que el derecho se termina disolviendo en la moral: queda rebajado a un modo deficiente de moral.

El derecho positivo, en Kant, completamente prejuzgado y subsumido en el derecho natural racional, no tiene ningún espacio para desarrollar su aspecto instrumental. Luego del desplome del derecho natural cristiano, solo queda la política interpretada en términos naturalistas, por un lado, y el derecho sustentado en el poder de decisión, por el otro. Kant reconstruye el edificio sustituyendo el derecho natural religioso por el derecho natural racional, con ello cambia la función mediadora de la administración de justicia, que había transmitido la legitimidad sacra al príncipe y a su dominación burocrática. Ahora la administración de justicia queda por debajo del legislador político, y se limita a la administración de los programas de éste. Pero también, los poderes del Estado, diferenciados, “quedan también bajo la sombra una *res publica noumenon*, deducida a partir de la razón, que debe encontrar en la *res publica phaenomenon* una reproducción lo más fiel posible. La positivación del derecho como realización de los principios del derecho natural racional, queda sometida a los imperativos de la razón.”¹⁴⁶

En este papel subordinado a las leyes de la razón, la política y el derecho pierden respectivamente su competencia legislatora y su positividad. Kant se ve obligado a recurrir a premisas metafísicas en la doctrina de los “dos reinos” para distinguir entre legalidad y moralidad.

5.4 LA SUSTITUCIÓN DEL DERECHO NATURAL RACIONAL POR LA IDEA DE ESTADO DE DERECHO

El derecho natural racional no solo se abandonó por razones filosóficas. El mundo al que ese derecho tenía que interpretar era complejo y pronto se volvió inabarcable. La sociedad, dinamizada por los mercados no podía quedar capturada por los conceptos normativos del derecho ni mucho menos en el marco de un sistema jurídico *a priori*. Las teorías del contrato social, estaban articuladas en términos demasiado abstractos y no habían reflexionado sobre los supuestos sociales de su individualismo posesivo. La promesa de que las instituciones básicas del derecho privado, el contrato, la propiedad, y los derechos subjetivos de tipo político que se ejercen contra el Estado, asegurarían la justicia, solo se podía mantener con la condición ficticia de aplicarse a economías de

¹⁴⁶ Habermas, Ob. Cit., p 149

pequeños propietarios. Dicha condición no fue puesta de relieve.¹⁴⁷ Por otra parte, las teorías del contrato social estaban planteadas en términos demasiado rígidos. No se plantearon la presión que ejercería el capitalismo y la modernización social sobre las estructuras sociales.

En Alemania el contenido moral se separó de la teoría del derecho y fue desarrollado por vías paralelas: la dogmática del derecho privado y la idea del Estado de derecho, pero luego quedaron vaciadas por el positivismo. Desde el punto de vista de la ciencia del derecho, este se agotaba en lo esencial en el código civil administrado por juristas. Para von Savigny, era aquí donde debía quedar asegurado el contenido moral del derecho, y no en el dominio del legislador democrático.

Von Savigny pretendió reconstruir el sistema de derecho privado como un sistema de derechos subjetivos. Opinaba que la forma de los derechos subjetivos era en sí misma, moral. Estos delimitaban ámbitos de autonomía privada y garantizaban la libertad individual por la vía de las facultades individuales de acción. Pero con el desarrollo fáctico quedó en claro que los derechos subjetivos son algo secundario en comparación con el derecho objetivo o por lo menos no son capaces de ofrecer una base conceptual suficiente para reconstruir el derecho privado. El concepto de derecho subjetivo es reinterpretado desde la óptica del positivismo. Así se señala que los derechos subjetivos se limitan a transformar los mandatos del orden jurídico en objeto de facultades de los sujetos jurídicos individuales.

Paralelamente la idea de Estado de derecho también sufrió esta positivización. Los teóricos de derecho alemán del siglo XIX están interesados en domesticar constitucionalmente el derecho administrativo de los monarcas. Al comienzo todavía se confía en que las leyes generales y abstractas permiten asegurar la igualdad de los ciudadanos. Luego de la fundación del *Reich* se desarrolla la teoría de la ley como mandato soberano, es decir como mandatos no obligados en lo que se refiere a contenidos.

La erosión del concepto de ley moralizada por el derecho natural se puede explicar desde la doble perspectiva del legislador progresivamente parlamentario por un lado, y del experto dogmático y el juez, por otro. En los países anglosajones donde la idea de Estado de derecho se desarrolló como *rule of law*, que en consonancia con el desarrollo democrático, es el proceso judicial equitativo, *fair trial and due process*. Este modelo se aplicó tanto a la legislación como a la administración de justicia.

En Alemania la destrucción positivista del derecho natural racional se efectuó por dos caminos. Tanto en la dogmática como en la teoría constitucional quedó desmentida la idea kantiana de que el derecho positivo y la política estaban supeditados a los imperativos morales del derecho natural. Ello, a su vez, por una doble vía: i) desde el punto de vista de la administración de justicia, y ii) desde el punto de vista del legislador. A aquellos que tras el desmoronamiento del derecho natural no estaban convencidos de la alternativa positivista, el mismo problema hubo de presentárseles en estas dos formas.

¹⁴⁷ Para la teoría del individualismo posesivo ver C. B. MacPherson, *The political theory of possessive individualism*, Londres, Oxford University Press, 1962.

Por un lado, los fundamentos morales del derecho positivo no pueden ser explicados por medio de un derecho natural superior. Pero tampoco cabe prescindir de dicha fundamentación. Hay que mostrar entonces como estabilizar, en el derecho positivo mismo, esa moralidad necesaria para que el derecho no pierda su momento de incondicionalidad. Se trata del punto de vista que representa la formación imparcial del juicio y la imparcialidad de la voluntad colectiva. Para satisfacer dicha exigencia no basta con que determinados principios morales del derecho natural sean incorporados en forma de norma positiva como contenidos del derecho constitucional, pues de lo que se trata es de la contingencia de los derechos positivos que pueden cambiarse a voluntad. La moralidad integrada al derecho ha de tener la fuerza trascendente de un proceso que se regule a sí mismo, que controle su propia racionalidad.

En miras a este problema, los sucesores de Savigny no se dieron por satisfechos con la interpretación positivista. Trataron de transformar el derecho científico de los juristas en fuente de legitimación. Savigny había asignado en su teoría de las fuentes del derecho relativa poca importancia a la jurisprudencia y a la labor de los juristas, se trataba de “traer a conciencia y exponer de forma científica el derecho positivo procedente de la costumbre y la legislación.”¹⁴⁸ A fines del siglo XIX se sostiene en cambio, que la producción del derecho no puede ser cuestión exclusiva del legislador político, pues de otro modo el Estado no se fundaría en el derecho, i.e. no habría Estado de derecho. Compete a la justicia, “yendo más allá del derecho vigente, la tarea productiva de una prosecución y complementación constructivas del derecho vigente, dirigidas por principios.”¹⁴⁹ El derecho de los jueces habría de operar siguiendo un método científico de fundamentación y basándose en esa autoridad, se obtendría el objetivo señalado.

Desde la perspectiva del poder legislativo se puede hacer una interpretación análoga. Aun cuando la discusión parlamentaria se orienta a la obtención de compromisos y no, a la fundamentación científicamente disciplinada de los juicios. El asunto de la legitimación se les planteó a aquellos que no se conformaron con la explicación positivista de la democracia de la ley. Ya Kant, partiendo del procedimiento subyacente a la democracia, había puesto de relieve el punto de vista moral de la imparcialidad. Para Kant, la juridicidad de la ley pública depende de si “podría haber surgido de la voluntad unida de todo un pueblo.”¹⁵⁰ Kant contribuyó a confundir las cosas con el ambiguo uso de “generalidad” o “universalidad” de la ley. Generalidad semántica de la ley abstractamente general sustituyó a la generalidad procedimental que caracteriza a la ley producida democráticamente, la ley de la voluntad unida del pueblo.

Esta confusión tuvo dos consecuencias. Por un lado, se pasó por alto el *onus probandi* de la teoría de la democracia. *Onus probandi* que tiene por misión: 1) Mostrar desde una teoría de la argumentación cómo en la formación de la voluntad parlamentaria se compenetrar discursos dirigidos a objetivos políticos y discursos dirigidos a

¹⁴⁸ Habermas, Ob. Cit., p 154

¹⁴⁹ Habermas, Ob. Cit., p 155. El argumento del contraste con la práctica sostiene que los tribunales hacen eso.

¹⁵⁰ Habermas, Ob. Cit., p 156

fundamentaciones morales, con cuestiones relativas a su plasmación en normas y al control jurídico de ellas. 2) Aclarar la distinción de un acuerdo alcanzado argumentativamente de un compromiso negociado, y como se hace valer el punto de vista moral en las condiciones que han de cumplir los compromisos para ser considerados limpios.¹⁵¹ 3) Lo más importante, reconstruir cómo habría de institucionalizarse, por vía de procedimientos jurídicos, la imparcialidad en las decisiones del parlamento, la regla de la mayoría, las reglas que rigen la discusión parlamentaria y el derecho electoral, la formación de la opinión pública en el espacio público etc. Este análisis habría de conformarse al modelo que represente la conexión que hay entre los presupuestos necesarios de la comunicación relativos a la formación de la voluntad colectiva y la negociación y la ponderación de intereses que pueda considerarse limpia. Sobre esta base podría analizarse críticamente el sentido normativo y la práctica de tales procedimientos.

La otra consecuencia de la ambigüedad en el uso de la universalidad procedimental fue que se pasó por alto el problema específico de la aplicación del derecho. Aun cuando la racionalidad procedimental del parlamento quedara suficientemente asegurada desde el punto de vista institucional, las leyes no podrían tener nunca una estructura semántica tal que transformaran la acción de los jueces en un puro aplicar algorítmico. Así lo demuestra la hermenéutica filosófica; “las operaciones de aplicación de reglas comportan siempre operaciones constructivas que constituyen un desarrollo del derecho”.¹⁵² Por eso el problema de la racionalidad procedimental se plantea de nuevo en sede jurisdiccional y de la dogmática jurídica.

En los procedimientos legislativos esta moralidad emigrada al derecho se puede imponer por la vía de exigir que los discursos sobre objetivos políticos puedan fundamentarse en un asentimiento general. Son las restricciones que deben respetarse cuando se trata de fundamentar una norma desde el punto de vista moral. Pero en la aplicación de normas, donde el contexto puede ser fundamental para asegurar la imparcialidad del juicio no debemos preguntarnos qué es lo que todos podrían querer, sino, si hemos reparado en todos los aspectos relevantes de una situación dada. Antes de poder decidir qué normas son aplicables a un caso, normas que a veces pueden conducir por caminos opuestos, y que por lo tanto hay que jerarquizar a la luz de principios, hay que determinar si la descripción de la situación es adecuada y completa en lo referente a los intereses afectados. En los casos de fundamentación de normas la razón práctica se hace valer comprobando si los intereses en juego son susceptibles de universalización. En lo referente a la aplicación de normas hay que comprobar si se han tenido en cuenta de manera adecuada y completa todos los contextos relevantes a la luz de las reglas que pudieran colisionar entre sí. Esto es a lo que deben apuntar los procedimientos jurídicos que pretendan institucionalizar la imparcialidad de la justicia.

Estas consideraciones apuntan a que la división de poderes de un Estado extraiga su

¹⁵¹ Dworkin distinguía entre directrices políticas y principios, pero también sostenía que materias legales complejas podían integrar tanto argumentos de principios como directrices políticas.

¹⁵² Habermas, Ob. Cit., p 158

legitimidad de una racionalidad garante de la imparcialidad en los procedimientos legislativos y judiciales. Con esto se obtiene un estándar crítico para el análisis de la realidad constitucional. Pero esta idea no se limita a oponerse abstractamente, como un impotente deber ser, a una realidad que poco concuerda con ella. Lo que se pretende es que la racionalidad procedimental como imparcialidad recibida parcialmente en el derecho es la única dimensión en la que se puede asegurar al derecho positivo un momento de incondicionalidad y una estructura sustraída a ataques contingentes.

5.5 LA RACIONALIDAD PROCEDIMENTAL

Si ha de ser posible la legitimidad por vía de legalidad, la fe en la legalidad ya no cuenta con las certezas colectivas de la religión y la metafísica. Tiene que apoyarse en la racionalidad del derecho. El ejercicio del poder político efectuado por el derecho no puede basar su legitimidad sino en la moralidad implícita en las cualidades formales del derecho. Pero el formalismo legal no puede pensarse en términos excesivamente rígidos, ligados a rasgos semánticos, sino que su fuerza legitimadora ha de provenir de procedimientos en que se plasmen tanto las exigencias de fundamentación como las vías por las que argumentativamente puedan desempeñarse esas exigencias. La fuente de legitimación no debe buscarse en una sola dirección; el legislador o el juez. “El núcleo de racionalidad de los procedimientos jurídicos solo se nos revela cuando se analiza cómo a través de la idea de imparcialidad, tanto la fundamentación de las normas como la aplicación de las regulaciones vinculantes establecen una conexión constructiva entre el derecho vigente, los procedimientos legislativos y los procedimientos de aplicación del derecho.”¹⁵³ Dejando de lado el problema de la aplicación imparcial, la idea de imparcialidad aparece referida sobre todo a la fundamentación de las normas, en las teorías de la moral y de la justicia que proponen un procedimiento para acreditar la moralidad de las cuestiones prácticas.

En la actualidad Habermas ve tres candidatos serios para una teoría procedimental de la justicia. Los tres provienen de la tradición kantiana y se distinguen por los modelos explicativos del procedimiento de formulación imparcial de la voluntad colectiva. 1) John Rawls parte del modelo contractual, la posición original, a la que inserta restricciones normativas que operan sobre el egoísmo racional, de tal suerte que las partes libres e iguales acaben eligiendo principios normativamente correctos. La limpieza del resultado se asegura por el procedimiento por el que esos resultados se obtienen. 2) L. Kohlberg¹⁵⁴ usa en cambio un modelo basado en la universal reciprocidad de perspectivas entrelazadas entre sí. En vez de una hipotética posición original, tenemos una asunción de un rol que exige que el sujeto que juzga moralmente se ponga en el lugar de todos aquellos que se verían afectados por la entrada en vigor de una norma determinada. Para Habermas ambos modelos desatienden la pretensión cognitiva de los juicios morales. En

¹⁵³ Habermas, Ob. Cit., p 161

¹⁵⁴ L. Kohlberg, *The philosophy of moral development*, San Francisco, 1981

un caso las convicciones morales quedan asimiladas al tipo de elección que es la elección con arreglo a fines, y en el otro, a ejercicios empáticos de comprensión. 3) el modelo de Apel y Habermas. Entender la argumentación moral misma como un procedimiento adecuado de formación de una voluntad racional. Un examen de pretensiones de validez hipotético representa ese procedimiento. Todo participante en una práctica argumentativa habrá de suponer pragmáticamente que en principio todos los afectados podrían participar como iguales y libres en una búsqueda cooperativa de la verdad en la que no hay más coerción que la del buen argumento.¹⁵⁵

Basta constatar en todo caso que existen candidatos serios para una teoría procedimental de justicia. Así se refuerza la tesis de que la fundamentación procedimental del derecho y la fundamentación moral de principios se remiten el uno al otro. La legalidad, para poder generar legitimidad, ha de reflexionar sobre la necesidad de fundamentación surgida con la positivización del derecho, y ello con el objeto de institucionalizar procedimientos jurídicos de argumentación permeables a discursos morales.

Pero no debe borrarse la separación entre derecho y moral. Los procedimientos de las teorías de la justicia para explicar la moralidad de algo, solo tienen en común con los procedimientos jurídicos, el que la racionalidad del procedimiento ha de garantizar la validez de los resultados obtenidos conforma a tales procedimientos. Pero los procedimientos jurídicos cumplen aproximadamente las exigencias de una racionalidad procedimental completa, pues quedan ligados a criterios institucionales, y por lo tanto independientes que garantizan que, desde la perspectiva de un no participante, se pueda determinar si una decisión se tomó o no, conforme a derecho. En tanto que los procedimientos que representan los discursos morales no cumplen esa condición, pues su racionalidad procedimental es imperfecta. Así, la cuestión de si se ha enjuiciado algo desde el punto de vista moral, solo puede decidirse desde la perspectiva de los participantes, pues aquí no hay criterios externos o independientes.

Por otro lado, son justamente estas debilidades en la racionalidad procedimental moral las que explican por qué determinadas materias necesitan una regulación jurídica. Sea cual sea el criterio conforme al cual hemos de determinar si una norma podía encontrar un asentimiento no coercitivo, racionalmente motivado, de los posibles afectados, ese criterio no garantiza ni la infalibilidad, ni la univocidad, ni la obtención de un resultado dentro de un plazo señalado. Este grado de indeterminación cognitiva se refuerza por el hecho de que una aplicación, de reglas abstractas a casos complejos, que deben ser descritos de la forma adecuada, entraña una incertidumbre estructural adicional. Más aún a esa debilidad cognitiva se agrega una debilidad motivacional. Toda moral postradicional requiere un distanciamiento respecto de las evidencias de las formas de vida en las que, sin hacerse cuestión de ellas, uno ha crecido. Esas ideas morales desconectadas de la eticidad concreta no cuentan especialmente con demasiada adhesión, o la fuerza motivacional necesaria, para hacer eficaz a los juicios morales en la práctica. Cuanto más se interioriza la moral, más autónoma se vuelve, más se retira al

¹⁵⁵ Eso supone cierto grado de igualdad entre los participantes. Es probable que sea fundamentalmente el espacio político el que provea dicha igualdad.

ámbito de lo privado.

Por eso aquellos ámbitos de acción, de conflicto o de intereses que requieren una regulación unívoca que garantice soluciones a plazo fijo, que resulte vinculante para todos, serán resueltos por normas jurídicas. La complementación de la moral por el derecho coercitivo puede justificarse moralmente. Ya que solo a condición de que los otros observen las normas, cuentan las razones que puedan aducirse para cumplir tales normas. Como de las ideas morales no cabe esperar que se tornen obligatorias para todos los sujetos, la observancia de esas normas solo puede exigirse si cobran obligatoriedad jurídica.

Importantes rasgos del derecho pueden ser analizados a la luz de las debilidades de la moral autónoma. 1) Las expectativas de comportamiento jurídicamente amparadas cobran fuerza vinculante por medio de su relación con el poder de sanción. Se trata del aspecto externo de la acción, no de los motivos en relación con los cuales no se puede forzar a nadie (En esto, el derecho actúa como la moral). 2) la administración profesional del derecho escrito, público y sistemáticamente configurado evita los costos de transacción que corre un individuo cuando ha de buscar una solución moral. 3) El derecho positivo debe sus rasgos convencionales al hecho de que nace de las decisiones de un órgano político que, en principio, cambia a voluntad. 4) esa dependencia respecto de la voluntad política explica el aspecto instrumental del derecho. Mientras que las normas morales son fines en sí mismas, las normas jurídicas pueden ser medios para la consecución de objetivos políticos. No solo sirven a la solución imparcial de conflictos de acción, sino también a la puesta en marcha de programas y fines colectivos. Estos programas y fines deben su fuerza vinculante a su forma jurídica. Así, como lo ha señalado Dworkin, el derecho está entre la política y la moral.

Hasta ahora se ha concentrado en el asunto de la relación “derecho y moral” aclarando como se complementan. Pero más que la relación de complementariedad le interesa a Habermas el simultáneo entrelazamiento de derecho y moral que se produce porque el Estado de derecho hace uso del derecho positivo para distribuir cargas de argumentación e institucionalizar vías de fundamentación y justificación abiertas a argumentaciones morales. La moral no flota sobre el derecho positivo como un conjunto suprapositivo de normas como sugiere el iusnaturalismo. Se instala al interior del derecho positivo pero sin agotarse en él. Pero esta moralidad atada al derecho es puramente procedimental. El derecho procedimental y la moral procedimental se pueden controlar mutuamente. En los discursos jurídicos el tratamiento argumentativo de las cuestiones morales queda limitado por su vinculación al derecho vigente, a cargas probatorias, a condiciones de participación e inmunidades y a plazos de decisión. A la inversa, la argumentación moral queda institucionalizada de modo de controlar su propia racionalidad. La estructuración jurídica de la argumentación no llega al punto de dejarla atascada en los límites del derecho positivo.

El derecho estimula una dinámica de argumentación que puede llegar a trascender la letra del derecho vigente hasta un punto no previsible por este. Esta concepción depende de las convenciones interpretativas, de los contextos de los discursos que se producen en las ciencias jurídicas, en los tribunales y también depende de la mayor o menor cercanía del tema con cuestiones morales por un lado, y técnicas, por otro. Entonces

puede reconstruirse una práctica de toma de decisiones desde el punto de vista de en qué medida los procedimientos judiciales distorsionan el juego argumentativo imponiendo restricciones en que se hacen valer coerciones externas o permitiendo o dejando espacio suficiente a la lógica de la argumentación.¹⁵⁶ Estos efectos “no solo se reflejan en las regulaciones relativas a procedimientos jurídicos, sino también en el modo en que tales regulaciones se llevan a la práctica.”¹⁵⁷ Pero la cuestión de hasta qué punto hay que someterse a imperativos sistemáticos, incluso cuando estos menoscaban principios bien fundados, “no es algo que en última instancia se decida en los tribunales, tampoco en el espacio público-jurídico, sino en las luchas políticas acerca del trazado de límites entre sistema y mundo de la vida.”¹⁵⁸

La fuerza legitimadora basada en la racionalidad de los procedimientos, no solo se incorpora al mundo jurídico por la vía de las normas procedimentales de la administración de justicia, sino que lo hace, sobre todo por los procedimientos del poder legislativo democrático.

Habermas reconoce que es difícil justificar que los procedimientos parlamentarios puedan tener un núcleo racional en el sentido práctico-moral. Ello por que pareciera que todo se reduce a la adquisición de poder político y a la competencia de intereses en pugna. Así las cosas las discusiones parlamentarias serían solo accesibles desde el punto de vista de un análisis empírico y no, desde la reconstrucción crítica conforme al modelo de la negociación limpia de compromisos, ni mucho menos desde el punto de vista de la formación discursiva de la voluntad colectiva. Sin embargo, sostiene que existen toda una serie de teorías constitucionales que, referidas a los procedimientos regulados por la constitución, se refieren al planteamiento crítico reconstructivo. La regla de las mayorías, las normas de procedimiento parlamentario, las leyes electorales, etc., se analizan desde el punto de vista de la necesidad de asegurar el equilibrio de los intereses afectados y de los aspectos relevantes de la cuestión que se trate. Habermas sin embargo, cree que estas teorías presentan la debilidad de no desarrollar sus puntos de vista normativos desde la lógica de la argumentación moral. Además, el proceso de debate al interior del parlamento no agota la discusión pública. La calidad de la legislación política dependerá también del nivel de participación, formación e información ciudadana. Así la calidad de la vida pública viene determinada por las efectivas oportunidades que abra el espacio público con sus medios de comunicación y sus instituciones.

¹⁵⁶ Por ejemplo desde el punto de vista dogmático, el derecho penal señala restricciones estrechas en los procedimientos de decisión, por el contrario, el derecho de la competencia deja abierto el espacio argumentativo al punto de que se debe definir la ilicitud de la conducta caso a caso.

¹⁵⁷ Habermas, Ob. Cit., p 170

¹⁵⁸ Habermas, Ob. Cit., p 170

CONCLUSIÓN

Hemos asumido que la teoría general del derecho y la doctrina jurídica tienen una influencia efectiva en el derecho. Más aun, asumimos que dicha influencia no se circunscribe a las recomendaciones que puede hacer una teoría normativa del derecho (jusnaturalismo) sino que, muy fundamentalmente, se ejerce por medio de teorías descriptivas que cumplen un papel pragmático en ámbitos como la enseñanza del derecho y la argumentación judicial (positivismo). Este es el axioma de esta tesis, y a partir de él nos hemos preguntado acerca de la responsabilidad política que implica esta influencia. Para respondernos esta pregunta nos hemos guiado por el criterio cronológico, partiendo de las versiones más antiguas del positivismo hasta las más nuevas.

En el desarrollo del positivismo anglosajón (desde Bentham hasta Dworkin) hemos descubierto que el problema de la responsabilidad política de la teoría general (y en términos genéricos de la doctrina jurídica) es una dimensión que ha ido ganando terreno en desmedro de la orientación que pretende que es posible describir (lo que prescribe) el derecho, manteniendo una postura valorativamente neutral que no influye en nada en lo que describe. Como en el mundo anglosajón la función de la teoría general del derecho es ocupada preferentemente por la actividad judicial, es esta actividad la que va paulatinamente tomando nota de este aspecto político.

Ahora, a modo de conclusión, desarrollaremos una recapitulación de la tesis en 14 puntos en los que esperamos demostrar la plausibilidad de nuestro argumento:

- 1 - El modelo imperativo de Bentham y el papel de la teoría general del derecho.

No es mucho lo que dijimos sobre el modelo positivista de Bentham/Austin, sin embargo, una cuestión debe quedar clara: Si la existencia del derecho (del sistema jurídico) depende de la existencia de un soberano ilimitado (y por lo tanto jurídicamente irresponsable), el papel de la teoría general del derecho desde el punto de vista político-moral es irrelevante. Este es un aporte fundamental de Bentham al desarrollo de la filosofía del derecho, pues, es la primera vez que la determinación del fenómeno jurídico no depende para nada de la orientación normativa del jusfilósofo. A partir de Bentham la tarea del filósofo del derecho dependerá solo de cuestiones empíricas, de ese modo se da origen al positivismo jurídico.

El modelo descriptivo de Bentham se prestó para objeciones provenientes de la tradición iniciada por él (el positivismo), por eso nos hemos contentado con resaltar el aspecto empírico de la teoría, que es el que ha heredado la tradición positivista.

Si la teoría descriptiva de Bentham fuera actualmente exitosa, sería interesante tratar de desarrollar el argumento sugerido por Dworkin referido a que dicha teoría descriptiva no es independiente de la teoría normativa desarrollada por el mismo Bentham: el utilitarismo. A lo mejor una indagación en esa dirección habría de resaltar aspectos normativos que han quedado sumergidos en la descripción empírica del derecho.

2 - El modelo de Hart y el papel de la teoría general del derecho. La unión de reglas primarias y secundarias y la regla de reconocimiento.

En el caso de Hart la cuestión que hemos planteado recién es un poco más compleja. Podríamos decir que para Hart el derecho es la unión de reglas primarias y secundarias, de modo que a la teoría general del derecho le cabría enunciar esta definición y aclarar lo que eso significa. Así las cosas, la función pragmática de dicha teoría sería difícilmente defendible y consecuentemente nuestra tesis de la responsabilidad política de la teoría general no resultaría plausible. Pero dado que, acto seguido debemos preguntarnos qué significa esto de reglas primarias y secundarias, entonces se abre el camino a nuestro argumento. Este se centra en la relación entre la descripción de la regla de reconocimiento y el concepto más genérico de regla social expuesto por Hart.

La relación no es banal, pues recordemos que de todas las reglas jurídicas en un sistema dado, la única que necesariamente debe su existencia a su aceptación es la regla de reconocimiento, de manera que lo dicho en relación con la aceptación (el aspecto interno) de las reglas sociales le es enteramente aplicable. Recordemos la función de la regla de reconocimiento: responder la pregunta acerca de cuales son los estándares jurídicos en un sistema dado, esto es: en tal y cual comunidad ¿qué se reconoce como derecho? Esta pregunta tiene una naturaleza doble: por una parte, cuando se plantea en una contienda que debe ser resuelta, resulta ser una pregunta práctica, pero por otro lado, planteada a la luz de nuestra inquietud por conocer el derecho, adquiere una naturaleza teórica. En otras palabras, es la misma pregunta la que nos permite determinar los aspectos más relevantes de un sistema jurídico dado y responder cuestiones prácticas de aplicación del derecho en dicho sistema jurídico.

De modo que la pregunta por el papel de la teoría general del derecho en la teoría de Hart pasa por el problema de la aceptación de la regla de reconocimiento, ¿qué

consecuencias tiene para la comunidad que aplica el derecho, aceptar la regla de reconocimiento?

3 - El sujeto de la regla de reconocimiento es quien conoce el derecho: la comunidad profesional.

Hart, cuando critica la teoría de Bentham por la inexistencia de reglas de sucesión, dice que, a diferencia de la monarquía absoluta de Rex, en un sistema jurídico moderno la regla de sucesión esta descrita en el derecho constitucional. Dicha regla no es conocida por todos los ciudadanos pues resulta muy compleja, por lo tanto, no puede ser aceptada por estos. Quienes conocen las reglas son los funcionarios y expertos (jueces y abogados), y ellos son quienes pueden aceptar dichas reglas. (Capítulo 1.3.2)

Por otra parte mencionamos que para Ruiz Tagle la regla de reconocimiento solo debe ser aceptada por los funcionarios, pues los ciudadanos pueden cumplir el derecho por obediencia. Dicha interpretación es consistente con la descripción de Hart, quien en todo caso nos advierte que dicha sociedad no sería más que una sociedad de borregos. (Capítulo 2.2.1)

En resumen, aunque imperfecto, un sistema jurídico puede descansar en la aceptación exclusiva de funcionarios encargados de aplicar en derecho, pues son estos quienes conocen la regla de reconocimiento y por lo tanto quienes pueden aceptarla. En definitiva, para el positivismo, el derecho debe ser administrado tecnocráticamente.¹⁵⁹

4 - Obligaciones que implica la regla de reconocimiento ¿Es la regla de reconocimiento una verdadera regla?

Nos referimos al problema de la naturaleza normativa de la regla de reconocimiento ¿La regla de reconocimiento impone una obligación u otorga una facultad? Recordemos que las otras normas secundarias, es decir, las reglas de adjudicación y cambio son reglas más bien facultativas que imperativas. Si tenemos la facultad de dictar nuevas leyes o de resolver contiendas y no lo hacemos, no perdemos por eso nuestra facultad. Como requisito conceptual mínimo no es necesario que haya sanciones a la falta de aplicación de dichas reglas. Pero en el caso de las normas que la regla de reconocimiento reconoce como jurídicas, llegado el caso ¿deben ser aplicadas o es una facultad de los jueces aplicarlas?

Sobre este punto Hart es ambiguo; en efecto, podemos preguntarnos si es la regla de reconocimiento la que impone la obligación de aplicar la regla jurídica identificada o si es la regla identificada la que contiene la obligación de su propia aplicación.

Recordemos que Joseph Raz sostenía que, en verdad, dado que a veces los jueces enfrentados a un caso difícil, dejaban de aplicar las normas jurídicas en razón de argumentos morales, entonces había que entender que las normas jurídicas solo tenían fuerza obligatoria *prima facie*. (Capítulo 4.3.2) De ello podemos concluir que no es la regla de reconocimiento la que impone la obligación de aplicar las reglas reconocidas mediante su uso, sino que son estas las que contiene la obligación de su propia

¹⁵⁹ Recordemos nuestra primera nota al pie, donde señalamos el origen lejano de esta tesis: Las ideas de H. Arendt y J. Habermas referidas al papel del dominio técnico en el mundo público.

aplicación *prima facie*.

El problema con esta interpretación es que es contradictoria con la caracterización que Hart hacía a sobre la regla de reconocimiento. Para Hart la regla de reconocimiento era una regla *última* del sistema jurídico que contenía criterios supremacía y subordinación, uno de los cuales era el criterio *supremo*. De acuerdo a estas características la regla de reconocimiento no puede ser válida o inválida pues es aceptada, y lo que nos importa, por aplicación del criterio supremo, una norma puede ser aplicable, no importando si dicha norma entra en conflicto con reglas reconocidas mediante otros criterios, cuando resulta válida por aplicación del criterio supremo. (2.2.1) Entonces, dado que la aplicación preferente de dicha norma depende no de su obligatoriedad intrínseca, sino del criterio supremo de la regla de reconocimiento, es esta última la que determina la obligatoriedad de la aplicación de las reglas reconocidas.

Alguien podría objetar que la obligación de aplicar el derecho no esta contenida en la regla de reconocimiento sino en la regla de adjudicación. Sería esta último la que contendría la obligación judicial de resolver las contiendas judiciales de acuerdo a derecho. Sin embargo, esta posibilidad depende de la respuesta que demos al problema de los casos difíciles. Si decimos (como lo hace Hart y Raz) que en los casos difíciles los jueces pueden resolver de acuerdo a su discreción, entonces lo que establecería la regla de adjudicación (si es que contiene una norma que obligue a resolver todos los casos que se presenten) es que las controversias deben ser resueltas, pero no que deban ser resueltas de acuerdo a derecho. Por eso, la aplicación de estándares jurídicos es cuestión de la regla de reconocimiento y no de las reglas de adjudicación (competencia y jurisdicción).

Por otra parte tanto Hart como Raz están de acuerdo en que los jueces pueden recurrir a la discreción judicial sólo en los casos difíciles, de lo que podemos concluir que resulta más plausible sostener que la regla de reconocimiento es una regla imperativa, que impone la obligación de reconocer determinados estándares como derecho.

5 - la Postura de Hart: la aceptación convencional y gremial.

Sin embargo, esta es una obligación que resulta de la aceptación de la regla, pues como ya hemos dicho, la regla de reconocimiento es una regla que debe su obligación a su aceptación¹⁶⁰.

Al respecto Dworkin se preguntaba ¿Qué tipo de aceptación requiere la regla de reconocimiento? Si se trata de una regla social, dicha regla debe ser en cierto sentido convencional, pero Dworkin advertía que puede ser convencional en dos sentidos distintos: se puede aceptar la regla simplemente porque otros la aceptan (típicamente las reglas del tránsito) o se puede aceptar las reglas por convicción personal de modo que simplemente se de una concurrencia en las convicciones personales de todos los sujetos de la regla (no matar). Dworkin sostiene que la regla de reconocimiento debe ser

¹⁶⁰ Se ha objetado que la aceptación de las reglas sociales de Hart sería un caso de obligación autoimpuesta. C.S. Nino señala que, como la regla de reconocimiento surge del comportamiento del conjunto de jueces, y se impone a cada uno de ellos en particular, no hay coincidencia entre la autoridad y el sujeto normativo, por lo tanto solo se trata de un caso aparente de obligación autoimpuesta C. S. Nino, Ob. Cit.

convencional por simple concurrencia. Los jueces tienen la convicción de que determinados estándares deben contar como derecho, y resulta que dicha convicción (en lo sustancial) es concurrente. Hart sostiene que ello no es así, que la aceptación de la regla de reconocimiento es una cuestión de moral convencional. Los jueces aceptan determinados estándares porque otros jueces también lo hacen. (Ver capítulo 3.4)

En segundo lugar, ya hemos comentado que la aceptación de esta regla puede estar limitada al mundo gremial, de modo que la ciudadanía no acepte dicha regla y cumpla las normas jurídicas por simple obligación.

6 - La norma de clausura: la discrecionalidad judicial.

Dado que los jueces aplican la regla de reconocimiento por mera aceptación convencional y como la obligación de resolver contiendas judiciales depende de la regla de adjudicación y no de la regla de reconocimiento, en los casos difíciles Hart y Raz sostienen que los jueces gozan de discreción judicial.

El argumento de Hart sin embargo, es otro. Para Hart las reglas jurídicas tienen una textura abierta (provocada por la indeterminación semántica del lenguaje) de modo que existen casos en que la aplicación de una regla jurídica está tan justificada como injustificada. En esos casos el juez goza de discrecionalidad. El problema es que, como vimos (3.1), los casos difíciles no sólo se dan cuando existe indeterminación semántica en la norma jurídica, sino que también cuando no existe norma jurídica en absoluto y cuando, existiendo claramente una norma aplicable, su aplicación resulta injusta, contraproducente, inútil, etc. En ninguno de esos casos el problema es la textura abierta, sino que la tensión entre lo que creemos que exige el derecho y las herramientas que nos otorga para lograr aquello que nos exige. Pero claro, esto depende del axioma que señala que el derecho "exige" ciertas cosas, y este depende de nuestra idea sobre la naturaleza del derecho. El problema de la discreción judicial nos enfrenta nuevamente con la responsabilidad política de la teoría general del derecho.

7 - La objeción de Dworkin a la discrecionalidad judicial.

Dworkin desarrolla una objeción a la discrecionalidad judicial a dos bandas. Por un lado se refiere al argumento descriptivo referido a la aplicación de principios jurídicos y por otro lado al argumento normativo de que el derecho debe tender a proteger la igual consideración y respeto.

Nosotros nos hemos limitado al argumento referido a los principios. Para Dworkin lo incompleto en los casos difíciles no es el derecho, sino la imagen que tienen de él los positivistas. Estos olvidan que además de reglas, el derecho opera por medio de principios jurídicos. Los principios jurídicos dan las pautas para resolver los casos difíciles.

Para Dworkin lo que diferencia a los principios de las reglas es una cuestión lógica y una cuestión de origen:

La cuestión lógica la podemos resumir así: mientras las reglas deben ser aplicadas de acuerdo a un modelo binario (o la regla es aplicable o no lo es) de modo que se trata de una cuestión referida típicamente a la constatación de hechos (se dan o no los supuestos contenidos en la hipótesis de la regla), los principios tienden a dar razones

para resolver en un sentido u otro. De modo que la aplicación de principios implica abrir la argumentación de cuestiones que están en el nivel ejecutivo a cuestiones que están en el nivel deliberativo. (Ver apéndice sección 5)

La cuestión de origen puede resumirse así: las reglas jurídicas pueden ser identificadas por su origen (por su pedigrí), en tanto que los principios jurídicos deben ser identificados por su contenido (su valor normativo), por lo tanto su identificación requiere deliberación por parte del agente.

8 - La obligación que se le impone a la comunidad que aplica el derecho va más allá de las cuestiones de pedigrí.

La tesis de los principios de Dworkin implica que las obligaciones a las que están sujetos los jueces van más allá de las cuestiones de pedigrí, pues en los casos difíciles debe recurrirse a los principios jurídicos. Para Dworkin, la regla de reconocimiento es incompatible con la aplicación de principios jurídicos pues se refiere solo a cuestiones de pedigrí y los principios deben ser identificados de acuerdo a su contenido. De ello se concluye que la tesis de la regla de reconocimiento, orientada a la identificación de normas jurídicas (reglas), y por lo tanto referida exclusivamente a cuestiones de pedigrí, debe ser abandonada.

9 - La respuesta de Hart: las cuestiones de pedigrí y las cuestiones de contenido son compatibles con la regla de reconocimiento.

Hart sostiene que tanto las cuestiones de pedigrí como las cuestiones de contenido pueden ser compatibles con una regla de reconocimiento y que los principios jurídicos pueden ser reconocidos tanto por su contenido como por su pedigrí. De modo que la existencia de principios jurídicos no es incompatible con la existencia de la regla de reconocimiento. Creemos, junto con Hart, que el argumento de Dworkin es equivocado. Los jueces pueden estar de acuerdo en que las leyes dictadas por el parlamento son jurídicas y también pueden ponerse de acuerdo en que los principios referidos a la protección de la propiedad privada son jurídicos. De ser así, tanto la aplicación de reglas jurídicas como la aplicación de principios jurídicos depende de la constatación de un hecho: la convención gremial expresada en la aplicación de la regla de reconocimiento.

El problema no es la incompatibilidad de los principios con la regla de reconocimiento, sino la naturaleza convencional de la regla de reconocimiento.

10 - El problema del seguimiento de reglas desde el punto de vista escéptico.

Tal como indicamos al final del punto 5, para Hart la aceptación de la regla de reconocimiento por parte de los jueces depende de la moralidad convencional. Por otra parte, la regla de reconocimiento puede ser compatible con la identificación de principios jurídicos por medio de su contenido, en la medida en que la aceptación de esos contenidos sea convencional.

De modo que, en relación con el problema de la existencia de la regla de reconocimiento y su compatibilidad con los principios jurídicos, lo que debemos aclarar es qué significa esta aceptación convencional.

Recordemos que para el escepticismo el derecho es lo que deciden los tribunales. El punto crucial en la objeción de Hart al escepticismo jurídico era que no daba cuenta del

punto de vista interno hacia las reglas (capítulo 2.3), y en lo que nos interesa, el punto de vista interno hacia la regla de reconocimiento. De modo que no es lo que resuelven los tribunales sino lo que se reconoce de acuerdo a la regla de reconocimiento lo que determina qué es derecho y qué no. Cuando los jueces aplican la regla de reconocimiento lo hacen desde el punto de vista interno, es decir, comprometidos con que lo que dicta dicha regla es obligatorio y permite justificar legítimamente lo que la aplicación de dicha regla implica.

Hart señala que dicho punto de vista interno depende de la moralidad convencional (del hecho de que el resto de los jueces opina que tal y tal es obligatorio), pero pareciera ser que dicha moralidad no permite sortear la crítica escéptica.

El problema lo podemos expresar de este modo ¿cuáles son los criterios de corrección que nos permiten decir que estamos siguiendo correctamente una regla? Hart sostiene que el criterio de corrección depende de la convención gremial, es decir, si el resto de los jueces aplica el derecho en el mismo sentido, entonces mi aplicación en este caso es correcta. Pero esto no enfrenta a algunos problemas: ¿cómo sabemos si, por ejemplo, Robinson Crusoe está siguiendo correctamente una regla? ¿Es posible que la comunidad se equivoque en la aplicación de sus propias reglas?

Desde el punto de vista del sentido común sabemos que, tanto Robinson Crusoe puede seguir reglas (a pesar de estar solo), como que una comunidad puede estar puntualmente equivocada en la aplicación de sus propias reglas (algunos accidentes de la Nasa se han explicado justamente porque el conjunto de los involucrados se ha equivocado en la aplicación de sus propias reglas de seguridad).

Desde el punto de vista hartiano ni Robinson Crusoe puede seguir una regla, ni una comunidad puede equivocarse puntualmente en la aplicación de una de sus reglas. Por cierto que la flexibilidad idiomática permite decir que por definición el seguimiento de reglas jurídicas es convencional en este sentido, pero con eso se pierde el aspecto deliberativo al que apuntaba Dworkin con la introducción de los principios en el modelo de las reglas del positivismo. Por supuesto que esta es una consecuencia que al positivismo lo tiene sin cuidado.

El problema para el positivismo es que perder esa dimensión deliberativa a la que apuntaba Dworkin tiene algunas consecuencias insospechadas: Si el derecho se determina en última instancia por la mera convención, allí donde no hay convención no hay derecho, y por lo tanto solo hay discrecionalidad judicial. Pero esto implica que no puede haber legítimas controversias judiciales en materia de derecho. Donde haya una controversia es por que no hay derecho y solo habrá derecho allí donde haya convención gremial. Pero ¿cuándo podemos decir que hay convención gremial? El punto es que desde el punto de vista escéptico, se puede decir que el criterio de corrección convencional de Hart (que el resto de los jueces estén de acuerdo en la aplicación en el mismo sentido) esta sujeto a la objeción de que la aplicación que hagan otros jueces de la regla es susceptible de diversas interpretaciones (el viejo problema de que las reglas de interpretación están sujetas a su vez a interpretación). Pero sabemos que muchas veces seguir una regla correctamente no tiene que ver con interpretarla correctamente sino simplemente con seguirla. Se trata de que el seguimiento correcto de una regla

(incluso de una regla convencional) es una cuestión de técnica: hemos internalizado el seguimiento correcto de una regla.

En el fondo se trata de que para seguir correctamente una regla no requerimos del consenso del grupo afectado por dicha regla, requerimos conocer la regla, requerimos de una convicción sobre lo que es correcto y lo que no.

De modo que la regla de reconocimiento, requiere ser aceptada por concurrencia (como decía Dworkin) y no por convención. Pero ¿es compatible la convicción en el seguimiento de las reglas con el hecho de que estas sean convencionales? Todo depende de lo que entendamos por convencional.

11 - Convencionalismo superficial y profundo.

Distinguimos entre el convencionalismo superficial y el convencionalismo profundo (capítulo 5.1) señalando que se podía ser convencional por la existencia de un acuerdo explícito en relación con la totalidad de los casos de seguimiento correcto de una regla o por la existencia de criterios públicos referidos solo a casos paradigmáticos de aplicación de una regla correcta. En el segundo caso los criterios de corrección no abarcan la totalidad de los casos posibles de aplicación de la regla, de modo que podemos reconocer un espacio entre el acuerdo explícito y los criterios implícitos de corrección. Esta es una versión de la distinción de Dworkin entre moral concurrente y moral por convención pero con la diferencia de que en este caso se está analizando el problema desde el punto de vista metodológico de los criterios de corrección de las reglas y no desde el punto de vista moral del nivel de internalización de las reglas sociales.

12 - La responsabilidad política de los jueces. Convencionalismo profundo y los principios jurídicos.

Desde el punto de vista metodológico recién indicado, lo que importa es que el convencionalismo profundo no excluye que los criterios de corrección de las reglas jurídicas en un caso particular se abran a argumentos morales y políticos, y esto es fundamental, dicha apertura se logra sin que dichas reglas dejen de ser convencionales (“positivas”). La convención profunda opera de modo que las convicciones personales se convierten en la guía más confiable para acceder a la moralidad institucional (Ver capítulo 3.5.4), la cual está compuesta por el conjunto de principios que mejor describe y justifica el derecho vigente.

Pero ¿por qué habría de interesarnos un método que nos permita acceder de la mejor manera posible a la moralidad institucional? La respuesta de Dworkin es muy sencilla: los jueces cumplen una función pública y en tanto tal está sujeta a responsabilidades políticas. Sobre esto nos remitimos a lo que se ha dicho a propósito del modelo judicial de Dworkin. (Capítulo 3.5 fundamentalmente la subsección 3)

13 - El derecho y la política, una relación necesaria.

En cierta forma el argumento que hemos desarrollado es débil, pues depende, en última instancia, de que asignemos al derecho cierta función social, y en consecuencia, que la doctrina jurídica apunte en dirección a esa función. De modo que hemos recurrido a un argumento adicional para reforzar nuestra interpretación del positivismo anglosajón: Se trata de la relación entre derecho y política que describe Habermas.

Podemos decir que el derecho no puede ser completamente reducido a la política (al poder) como pretende el positivismo pues, desde el punto de vista histórico, el sistema jurídico precede al Estado. Esto significa que, en los hechos, no ha sucedido, como pretende el positivismo, que el derecho haya quedado reducido a la mera manifestación de la voluntad del poder del Estado y por el contrario, han existido sistemas jurídicos sin Estado, esto es, ha existido en la historia momentos en que el sistema jurídico ha servido para dar legitimidad a los juicios acerca del comportamiento de los individuos y no para manifestar la voluntad del poder político.

Sin embargo, este argumento histórico aun es débil, pues nada impide que en el futuro el poder absorba por completo al derecho (o que reconozcamos ese fenómeno en los regímenes totalitarios.)

Pero parece ser que el poder requiere contar con una instancia de legitimación que el derecho solo puede entregar en la medida en que mantenga un momento de incondicionalidad. El derecho debe mantener un núcleo que no esté entregado a la contingencia de los hechos sociales productores de reglas sino a la valoración social, a la moral. En definitiva existe una mutua interdependencia entre derecho y poder: el poder otorga al derecho las herramientas para su eficacia y el derecho le otorga al poder su legitimidad, pero ¿cuál es la especificidad de esa legitimidad que otorga el derecho al poder? En definitiva ¿cuál es la diferencia entre el derecho y la religión, la ideología u otros discursos legitimatorios del poder?

14 - El lugar de la argumentación moral en el espacio entre derecho y política, las reglas del juego del Estado de derecho.

Lejos el punto más controvertido de esta tesis su conclusión habermasiana: el derecho legitima al poder en la medida en que crea las condiciones para que el ejercicio del poder quede sujeto al control de la moral procedimental (la justicia). ¿Cómo se ejerce este control del poder por parte del derecho? Dicho control se materializa en las reglas del juego del Estado de derecho.

Habermas plantea que si carecemos de esta dimensión, “en la que las vías de argumentación jurídica se abren a la argumentación moral, no podríamos saber en que consiste eso de la autonomía sistemática del derecho.”¹⁶¹ La autonomía de un sistema jurídico no es gratuita sino que depende de que éste garantice que los procedimientos de la producción legislativa y la administración de justicia se produzcan de manera imparcial y por medio de la voluntad común. Así se permite que penetre, tanto en el derecho como en la política, una racionalidad procedimental de tipo ético que intente desentrañar eso que hemos llamado convención profunda.

Este es, tanto un punto de término, como un nuevo punto de partida ¿por qué habríamos de elegir, entre la infinita gama de ofertas de teoría política, justamente esta? La respuesta es pragmática: porque la teoría normativa de Dworkin, inspirada por Rawls, apunta precisamente en esta dirección. Se trata de una conclusión liberal que se justifica a grandes rasgos en que si el derecho ha de contener una dimensión moral, esta dimensión no puede ser una versión particular acerca del bien (de la vida buena), pues

¹⁶¹ Habermas, ob. Cit., 172

debemos responder al modelo de sociedad democrática y pluralista al que se debe aplicar el derecho moderno. Por cierto que podemos defender posiciones no liberales, comunitarias, libertarias, etc. acerca de la política, pero ninguna de esas posiciones modifica lo que ya hemos señalado: el derecho es socialmente importante y está, en parte, determinado por lo que decimos que es, por lo tanto tenemos una responsabilidad política en la medida de esa capacidad de transformación.

APÉNDICE

1 LA DISTINCIÓN ENTRE HECHOS BRUTOS Y HECHOS INSTITUCIONALES

Según Searle¹⁶² existe una representación de lo que constituye el mundo y de lo que constituye el conocimiento del mundo. Se trata de que la realidad está constituida de hechos brutos y que el conocimiento es conocimiento de hechos brutos. Los conceptos que componen el conocimiento son esencialmente físicos, o en la versión dualista de este paradigma, son físicos o mentales.

Hay empero, grandes áreas del lenguaje que enuncian hechos y que no forman parte de esta representación. Por de pronto, los enunciados de la ética o de la estética no lo hacen, y es por eso que los filósofos que han tratado de mantener dicha representación sostienen que los enunciados de esas disciplinas no son en realidad enunciados, son, como dice Hume, sentimientos.

Pero fuera del área de la ética y la estética existen muchas clases de hechos a los que resulta difícil asimilar a esta representación del conocimiento. Algunos ejemplos que da el propio Searle: la señora x contrae matrimonio con el señor y, Colo Colo ha vencido por tres goles a uno a La Serena, a tal y cual se los ha hallado culpables del delito, el Parlamento aprobó la reforma tal o cual. La representación clásica de los hechos no es capaz de dar cuenta de estos ejemplos pues no existe un conjunto de enunciados sobre propiedades físicas o psicológicas al que sean reducibles hechos de este tipo. Los

¹⁶² Por "actos de habla" debemos entender, en términos muy generales, actos performativos. John Searle desarrolla la teoría de los actos performativos de Austin en su libro *Actos de habla*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1990.

hechos físicos y psicológicos son solo una parte de los hechos de este tipo, la otra parte es el trasfondo de ciertos géneros institucionales.

Searle llama a estos hechos “hechos institucionales” pues son en efecto, hechos, pero su existencia se debe a la existencia de ciertas instituciones humanas. Un billete sería solo un papel si no existiera la institución de la moneda.

Las “instituciones” para Searle son sistemas de reglas constitutivas. “Todo hecho institucional tiene como base un (a) (sistema de) regla (s) de la forma <<X cuenta como Y en el contexto C>>.”¹⁶³ Por cierto que uno de los hechos institucionales más relevantes es el lenguaje, que de no ser por su trasfondo institucional, sería una serie de ruidos sin sentido. Más aun, hablar es realizar determinados actos de acuerdo con reglas constitutivas, por lo tanto cuando alguien hace un cierto acto de habla¹⁶⁴, por ejemplo, una promesa, una orden, una súplica, una descripción etc. está realizando un hecho institucional.

Para ejemplificar lo que señala, Searle propone que un grupo de observadores verifique los hechos brutos de un partido de rugby sin tomar en cuenta que se trata de un juego gobernado por reglas. Esos observadores, luego de un cierto tiempo de observación, podrían decir cosas como que existe una cierta agrupación periódica. A intervalos relativamente regulares organismos de camiseta del mismo color se agruparían de manera aproximadamente circular. También podrían decir que esa agrupación circular es seguida por una formación lineal. Dichas observaciones se podrían formular con el carácter de leyes estadísticas. Sin embargo, no importa la cantidad de observaciones que hagan, ni la precisión empírica a la que lleguen, nunca describirán un partido de rugby. Lo que les faltará serán las reglas del juego. De hecho la idea misma de que sea un juego es algo que quedará al margen de sus observaciones.

Si pasa eso con el rugby, ¿qué pasa con el derecho? Bien, algunas personas han propuesto un método empírico para desentrañar la verdadera naturaleza del derecho. Sin embargo, dicho proyecto no puede tener éxito pues la verdadera naturaleza del derecho es que se trata de un hecho (si es que es un hecho) institucional, gobernado por reglas constitutivas. Es obviamente más complejo que el rugby en la medida en que esas reglas son más numerosas y pueden estar estructuradas en torno a determinados sistemas de reglas relativamente independientes unos de otros. Más aún, dichos sistemas relativamente independientes no son estáticos sino que se modifican. Por otra parte los sistemas de reglas aspiran a la autogeneración de nuevas reglas, cuestión que es dudoso que hagan aún cuando el positivismo se empecine en que así sea.

Dijimos que según MacCormick, Hart había dado un giro metodológico en los estudios de la teoría general del derecho al introducir un método hermenéutico. Es hora de rebatir la opinión de MacCormick. Lo que hizo Hart, y fue un gran avance que lo hiciera, fue superar el método “empírico” de Bentham/Austin. Dicho método se limitaba a la constatación de hechos brutos: el hábito de obediencia define al soberano, el hecho psicológico de la intención del soberano definía al mandato, el hecho de que el mandato

¹⁶³ Searle, ob. Cit., p 60

¹⁶⁴ Por acto de habla debemos entender un acto realizativo, ver capítulo 2.3

resultara amparado por una amenaza definía la norma jurídica, etc.

Hart no ha dejado de lado la metodología empírica. Con todo ha superado el acento en hechos brutos como los descritos por Bentham / Austin y ha prestado atención al significado de los hechos. Dicho significado está gobernado por reglas y por lo tanto los hechos que deben ser descritos por la teoría general del derecho son hechos institucionales. Si las reglas que gobiernan el significado de los hechos constitutivos del derecho son convencionales, y es difícil poner en duda que lo sean, entonces el descubrimiento de esas reglas todavía es una cuestión empírica.

Hasta ahí, Hart se mantiene dentro de la corriente general de la filosofía analítica, más aun, su análisis sobre la teoría práctica de las reglas sociales se basa en el análisis del lenguaje corriente y por lo tanto se inscribe por completo dentro de dicha tradición.

¿Por qué entonces “el *concepto* del derecho”? ¿Qué pretensión metafísica oculta Hart en la pregunta que subyace al título de su libro? A pesar de todos los intentos de Dworkin de reducir la teoría de Hart a una teoría semántica, esta es más que eso. El derecho para Hart es una institución social modelada por el lenguaje y por lo tanto los problemas terminológicos son relevantes, pero el derecho no se acaba ahí.

Joseph Raz ¹⁶⁵ subraya que para Hart la preocupación por las definiciones distorsiona el objetivo de las investigaciones en la filosofía del derecho. Las definiciones son instrucciones para el uso correcto de las palabras. Quienes buscan definiciones filosóficas de palabras como “derecho” no necesitan tales instrucciones. “Derecho” es un término familiar que empleamos adecuadamente sin recurrir a definiciones filosóficas. “El propósito de la jurisprudencia no es instruirnos en el uso del término derecho; sino explorar las relaciones esenciales que existen entre el derecho y la moralidad, la fuerza y la sociedad.” ¹⁶⁶

Las recomendaciones de Hart están orientadas a relacionar el trabajo del análisis de derecho a los métodos de la escuela analítica y de la filosofía del lenguaje ordinario haciendo un puente entre los estudios de derecho, filosofía y política.

Continúa Raz señalando que Hart se alejó de la idea de que la filosofía debía ocuparse del lenguaje tal como es y la jurisprudencia del análisis de conceptos, motivado por la idea de concebir al derecho como una institución social modelada por el lenguaje.

Este rechazo a la tarea de definiciones de conceptos estaba orientado a un objetivo antirreduccionista; el derecho no puede ser reducido a una clase particular de mandatos u otros términos que desconozcan su carácter normativo –como lo hacen por ejemplo los análisis sociológicos que lo reducen a concepciones fácticas acerca del comportamiento de cierta clase de funcionarios. El análisis lingüístico lo llevó a estimar la importancia de la naturaleza normativa del lenguaje como fuente de la normatividad del derecho. Este giro lingüístico tiene dos consecuencias:

- 1.- Los términos y expresiones más generales empleadas en el discurso jurídico no

¹⁶⁵ Joseph Raz, “H.L.A. Hart”, *Revista de ciencias sociales*, Valparaíso, 1986.

¹⁶⁶ Joseph Raz, “H.L.A. Hart”, Ob. Cit, p 19.

son específicamente jurídicos, son parte de los discursos normativos en general, por lo tanto la explicación acerca de la normatividad del derecho no lo es solo de él, sino también de lo normativo en general.

2.- La normatividad del derecho es explicada según el modo cómo afecta a los que se consideran a sí mismos como sujetos al derecho. Quien señala tener una obligación respalda un estándar de conducta que es adoptado como guía de comportamiento. Es por ello que el discurso normativo no puede ser reducido a predicciones sociológicas acerca del comportamiento. La explicación de una conducta debe incluir la explicación de la manera como el agente percibe su situación y la razón que tuvo para actuar como lo hizo. Es como hemos visto el paso de una concepción de hechos brutos a una concepción de hechos institucionales.

Los filósofos analíticos son clasificados en cognitivos y no cognitivos, esto depende de si consideran o no que las expresiones normativas pueden ser reducidas a su verdad o falsedad. Hart en su idea de la irreductibilidad de lo normativo a lo fáctico queda entre los no cognitivos. Pero en realidad Hart está en una situación intermedia “los enunciados de reglas, deberes y derechos son verdaderos o falsos pero las condiciones que determinan su verdad o falsedad no agotan el significado de ellos ni dan cuenta de su carácter normativo. Las condiciones de verdad son la existencia de ciertas prácticas sociales. No hay que torturar niños es verdadero si existe una práctica de no torturar niños, pero el enunciado significa más que eso. Expresa el reconocimiento y respaldo de quien lo formula a la regla, su deseo de ser guiado por ella y la exigencia de que otros también lo estén. Este segundo elemento no cognitivo expresa el elemento normativo del enunciado.”¹⁶⁷

Para ver claramente esta característica cognitiva/no-cognitiva del derecho hay que compararlo con enunciados puramente cognitivos o puramente no cognitivos, por ejemplo; decir que estamos obligados a ser vegetarianos es un exceso, distinto es decir “uno debería ser vegetariano” – esto expresa lo que Hart llama moralidad crítica. Aquí no se está afirmando la vigencia de un estándar social de ser vegetariano. Así, la expresión carece del aspecto cognitivo de las aserciones acerca de derechos, deberes etc.

Por el contrario, un enunciado puede expresar simplemente el punto de vista empírico (cognitivo), por ejemplo: en la comunidad X los padres cuidan a sus hijos. Aquí existen condiciones de verdad no normativas (es solo una descripción.)

Esta concepción del elemento no cognitivo de los enunciados normativos deriva de las expresiones performativas de Austin. Sin embargo con el tiempo se alejó de la concepción austiniana. Siguió considerando a ciertos actos jurídicos como expresiones preformativas, pero a los enunciados normativos los concibió como expresando simplemente un reconocimiento y respaldo al estándar. Los enunciados normativos no son ni expresiones emotivas ni mandatos, pueden ser recomendaciones, críticas, exhortaciones etc. Pero el único elemento normativo común a todos esos usos es el reconocimiento y respaldo de quien lo emite.

La falta de reconocimiento a la pretensión cognitiva de los enunciados internos de

¹⁶⁷ Joseph Raz, “H.L.A. Hart”, Ob. Cit, p 21

reconocimiento, a la moralidad crítica etc, es fundamentalmente lo que nos permite rechazar la caracterización de la teoría de Hart como una teoría hermenéutica.

En Hart está muy claro aún el predominio jerárquico de la perspectiva epistemológica por sobre la perspectiva moral. La deconstrucción de esa relación jerárquica al referir la justificación tanto de la epistemología como de la moral a las prácticas sociales, al dialogo, es lo que nos permite hablar con cierta propiedad de un “giro hermenéutico” y para eso tenemos que esperar todavía a Dworkin.

2 CRÍTICA A LA FALACIA NATURALISTA

En el *Tratado sobre la naturaleza humana*,¹⁶⁸ Hume se preguntó si era legítimo pasar de enunciados que contengan el verbo “es” a proposiciones que contengan el verbo “debe” (pasar del modo indicativo al modo imperativo). Dado que los valores no son parte de este mundo, es decir del conjunto de los hechos como las piedras, los jugadores de rugby, o los señores que se quitan los sombreros al entrar a la iglesia, pues de lo contrario no serían valores, sino hechos, Hume concluyó que quien pretende pasar del ser al deber ser incurre en la falacia naturalista. Para probar que los valores no son hechos basta percatarse de la diferencia lógica y lingüística entre la descripción y la evaluación. La última contiene una novedad que no puede ser deducida de la constatación de hechos. Así, las proposiciones evaluativas son naturalmente subjetivas.

Richard Hare¹⁶⁹ señala que “no se puede extraer ninguna conclusión imperativa válida de un conjunto de premisas que no contengan al menos un enunciado imperativo.” “Somos libres de formar nuestras opiniones morales en un sentido mucho más fuerte de cuanto somos libres de formar nuestras opiniones sobre los hechos”.¹⁷⁰

Searle señala que para los seguidores de la tradición iniciada por Hume (En realidad atribuye el origen de la falacia naturalista a una interpretación de G.E. Moore, *Principia Ética*) han referido la distinción metafísica establecida por Hume a un problema lingüístico: “ningún conjunto de enunciados descriptivos puede entrañar un enunciado evaluativo.”¹⁷¹ Para Searle esto es bastante irónico dado que el lenguaje está lleno de contraejemplos. Searle desarrolla el argumento usando los propios ejemplos dados por los filósofos que describen la falacia naturalista, y entre ellos, demuestra que decir que un argumento (lógico) es válido (cuestión de hecho) es evaluarlo a pesar de que el enunciado sobre la validez del argumento se sigue de ciertos enunciados “descriptivos” sobre él. Se trata en efecto de señalar que un argumento está justificado, o que se tiene derecho a concluir tal y tal de manera válida, etc.

Veremos el ejemplo más sencillo propuesto por Searle. Se consideran los siguientes enunciados:

¹⁶⁸ David Hume, *Tratado de la naturaleza humana*, Madrid, Editorial Nacional, 1977

¹⁶⁹ Richard Hare. *The language of moral*, Oxford, The Clarendon Press, 1952

¹⁷⁰ Richard Hare, Ob. Cit. p 37.

¹⁷¹ Searle, Ob. Cit., p 178

Juan emitió las palabras “por la presente prometo pagarte a ti, Pérez, veinte duros”.

Juan prometió pagar a Pérez veinte duros.

Juan se colocó a sí mismo (asumió) bajo la obligación de pagar a Pérez veinte duros.

Juan está bajo la obligación de pagar a Pérez veinte duros.

Juan debe pagar a Pérez veinte duros.

Searle intentará demostrar que, si se agregan ciertos enunciados adicionales que no incluyen ningún tipo de enunciados evaluativos, principios morales u otras premisas normativas, entre todos esos enunciados hay una relación de entrañamiento (de relación necesaria).

La relación entre 1 y 2 es que en ciertas circunstancias emitir las palabras señaladas entre comillas en 1 constituye el acto de una promesa. Habrá, probablemente que agregar ciertas condiciones necesarias y suficientes para que la emisión de una oración sea una promesa exitosa. Dichas condiciones se refieren al estudio de los actos de habla y en nuestro contexto no es necesario detenernos en ellas, sin embargo, se trata de condiciones que no alteran el hecho de que cuando se dice que se ha efectuado una promesa se trata de una cuestión empírica.

Si se dan esas condiciones entonces de 1 se deriva 2.

La relación entre 2 y 3 es que prometer es, por definición el acto de colocarse uno mismo bajo una obligación. Podría agregarse el enunciado tautológico:

2' Todas las promesas son actos de colocarse a uno mismo bajo la obligación de hacer la cosa prometida.

La relación entre 3 y 4 se da porque si una persona se coloca bajo una obligación, entonces al asumir la obligación, esa persona está bajo una obligación. Esto también es una verdad analítica. Pueden suceder cosas como que Pérez libere de su obligación a Juan pero eso no cambia la tautología señalada. Se puede agregar una condición “t” que especifique que entre 3 y 4 no ha habido tiempo intermedio. Otra posibilidad sería agregar la condición “en el tiempo t” a todos los enunciados de 1 a 5.

La relación entre 4 y 5 es análoga a la tautología anterior, aquí se enuncia que si una persona se encuentra en la obligación de cumplir una promesa, entonces, por lo que respecta a esa obligación, la persona debe hacer lo que la obligación indica. Como se pueden prometer toda clase de cosas espantosas que no deben hacerse aún podríamos distinguir entre:

5' Por lo que respecta a su obligación de pagar a Pérez veinte duros, Juan debe pagar a Pérez veinte duros.

5'' Una vez consideradas todas las cosas, Juan debe pagar a Pérez veinte duros.

Si interpretamos 5 como 5'' es imposible derivarlo de 4 sin premisas adicionales. Pero si lo interpretamos como 5' que es la interpretación más plausible desde el punto de vista del discurso, entonces si podemos derivar 5' de 4. Para Searle esa derivación es completamente suficiente para poder afirmar que hemos derivado un “debe” a partir de un “es”, y ninguna premisa adicional de tipo moral o evaluativa a sido usada. Dos cosas más:

si consideramos 5 como 5' entonces no hemos derivado un "debe" hipotético del tipo "si tal y tal entonces debo" sino un debo "categórico" en el sentido kantiano. Por otra parte Searle ha hecho una derivación en tercera persona. Se ha concluido "el debe" y no "yo debo."

Esto nos plantea un problema: recordemos que para Hart un enunciado normativo era en parte cognitivo y en parte no cognitivo. Dijimos que los enunciados de reglas, deberes y derechos son verdaderos o falsos pero las condiciones que determinan su verdad o falsedad no agotan el significado de ellos ni dan cuenta de su carácter normativo. Las condiciones de verdad son la existencia de ciertas prácticas sociales, pero el enunciado significa más que eso. Expresa el reconocimiento y respaldo de quien lo formula a la regla, su deseo de ser guiado por ella y la exigencia de que otros también lo estén. Este segundo elemento no cognitivo expresa el elemento normativo del enunciado.

Ese elemento normativo está representado por el aspecto interno que para Hart es no cognitivo. Pero Searle ha derivado un enunciado normativo de un enunciado de hecho ¿Qué papel juega en todo esto el aspecto interno de Hart?

Searle plantea la cuestión así: "¿Cómo es posible que el que yo admita un mero hecho sobre una persona, un hecho tal como que ella ha emitido ciertas palabras o ha hecho una promesa, me comprometa con el punto de vista de que esa persona debe hacer algo?"¹⁷²

Dijimos que la posición que asume una distinción tajante entre el "es" y el "deber ser" y paralelamente entre descripciones y evaluaciones depende de una representación de la relación de las palabras con el mundo. Dicha representación plantea ejemplos como "el gato está sobre la alfombra" o "tal y cual es el más despiadado villano" y luego sostiene que ambas oraciones son lógicamente diferentes. La diferencia se articula en torno a la cuestión de verdad o falsedad de ambas oraciones. En la primera oración descriptiva, el gato puede estar sobre la alfombra o no, de modo que podemos aclarar si es o no verdadera pues conocer el significado de un enunciado descriptivo es conocer sus condiciones objetivas de verdad. La segunda oración, evaluativa, la verdad o falsedad de la oración no depende de conocer el significado de dichas expresiones, más aun ese significado no es capaz de verdad o falsedad objetivas.

Cuando se justifica una expresión evaluativa el hablante debe apelar a actitudes o criterios de evaluación que ha adoptado o a los criterios morales con los que ha elegido vivir. Dichos enunciados son evidentemente subjetivos.

La posición tradicional estima que la razón subyacente a esta diferencia es la distinta tarea que realiza un enunciado descriptivo y un enunciado valorativo. Los enunciados valorativos no se hacen para describir alguna parte del mundo sino para expresar las emociones del hablante, elogiar, condenar, alabar, insultar, aprobar, recomendar, aconsejar, ordenar, criticar o justificar. Se trata de la diferente fuerza ilocucionaria que tienen ambas emisiones que explica el abismo lógico que hay entre ellas.

Si los enunciados evaluativos fueran como los descriptivos, es decir objetivos, no podrían desempeñar la función de evaluar. Desde el punto de vista metafórico con el que

¹⁷² Searle, Ob. Cit., p 185

empezamos esta parte “los valores no pueden residir en el mundo, puesto que si residieran dejarían de ser valores y serían solamente otra parte del mundo. Desde el punto de vista formal se puede decir que no se puede definir una palabra evaluativa en términos de palabras descriptivas, pues si se hiciera así, la palabra evaluativa no podría usarse ya para expresar aprobación, sino solo para describir.”¹⁷³

Todo lo que podría demostrarse del intento de deducir un “debe” de un “es”, es que el “es” era un “debe” disfrazado de “es” o viceversa.

De ahí que el modelo clásico de inferencia de un enunciado valorativo a partir de un enunciado descriptivo ha de contar siempre con una premisa evaluativa.

Premisa mayor evaluativa: Se deben guardar las promesas;

Premisa menor descriptiva: Juan promete hacer X;

Conclusión evaluativa: Por lo tanto, Juan debe hacer X.

Es importante resaltar que los criterios para determinar si una premisa es evaluativa o descriptiva deben ser independientes de las pretendidas relaciones de entrañamiento. De lo contrario, se podría decir que si por definición cualquier conclusión evaluativa debe fundarse en alguna premisa evaluativa, entonces necesariamente alguna de nuestras premisas *debe* ser evaluativa si es que la inferencia es válida. Se supone que contamos con criterios independientes para determinar si un enunciado es evaluativo o descriptivo de modo que no se pueda decir de modo trivial, “tú dices que esos enunciados descriptivos entrañan enunciados evaluativos, pero eso muestra solamente que esos enunciados aparentemente descriptivos no pueden ser realmente descriptivos, o que esos enunciados aparentemente evaluativos no pueden ser realmente evaluativos.” Para Searle esa es una confesión de la derrota.

A lo que apunta Searle en realidad es que el contraejemplo muestra que el modo clásico no puede dar cuenta de hechos institucionales. Cuando una persona tiene ciertos derechos u obligaciones, estos son consecuencia de hechos institucionales y no de hechos brutos. El hecho institucional de prometer, en el ejemplo, permite deducir un debe de un es, pues se apela a la regla constitutiva que señala que hacer una promesa es asumir una obligación y esa regla es una regla referida al significado de la palabra descriptiva “promesa”. Searle propone la sustitución de “ningún conjunto de enunciados descriptivos puede entrañar una conclusión evaluativa sin añadir al menos una premisa evaluativa” por “ningún conjunto de enunciados sobre hechos brutos puede entrañar un enunciado sobre hechos institucionales sin añadir al menos una regla constitutiva”.

Supongamos que un jugador de fútbol patea por la espalda a un jugador rival en circunstancias en que este último ni siquiera tiene la pelota. El árbitro lo sanciona con tarjeta roja y lo expulsa de la cancha. Supongamos que el jugador de fútbol es un eximio filósofo positivista y le responde al árbitro - Usted no puede derivar un “debe” de un “es”, ningún conjunto de enunciados descriptivos puede justificar la inferencia valorativa a la que usted ha llegado, necesita una premisa mayor evaluativa, por lo tanto me quedo en la cancha. De hecho – responde el árbitro, asiduo lector de John Searle- si puedo derivar un

¹⁷³ Searle, Ob. Cit., p 187

debe de un es, la demostración resultaría un poco más larga que en el caso de la promesa, pero se funda en la misma premisa: al ponerse a jugar fútbol, usted se ha comprometido a observar el cumplimiento de ciertas reglas constitutivas que definen los hechos que ocurren en la cancha como hechos institucionales.

En conclusión Searle sostiene que: 1) la representación clásica no logra dar cuenta de los hechos institucionales; 2) los hechos institucionales existen dentro de sistemas de reglas constitutivas; 3) algunos sistemas de reglas constitutivas incluyen obligaciones, compromisos y responsabilidades; y, 4) dentro de algunos de estos sistemas podemos derivar “debe” a partir de “es”, siguiendo el modelo de la primera derivación.¹⁷⁴

Volviendo a la pregunta sobre la posibilidad de enunciar hechos sobre una persona y que esos hechos nos comprometan a concluir una obligación, Searle responde señalando que enunciar un hecho institucional es invocar las reglas constitutivas de la institución. Se puede decir que “prometer” es una palabra evaluativa pues la noción de prometer está lógicamente conectada con la evaluación de las obligaciones que nacen de prometer. Pero también es una palabra puramente descriptiva dado que se trata de un hecho objetivo el que alguien prometa o no. Con esto la noción de la distinción descripción/evaluación debe ser reexaminada.

La distinción descripción/evaluación es en realidad una combinación de dos distinciones: una referida a distintos tipos de actos ilocucionarios, un grupo formado por la familia de actos evaluativos, y el otro, por la familia de actos descriptivos. Por otro lado, esta la distinción entre actos cognitivos y actos no cognitivos o lo que es lo mismo actos que decididamente pueden ser verdaderos o falsos y actos que no, pues son cuestiones de “opinión”. Se supone que la primera distinción es un caso especial de la segunda. Si un enunciado tiene la fuerza ilocucionaria de una evaluación, no puede ser entrañada por premisas fácticas, sabemos que el derecho se compone fundamentalmente de contraejemplos a esta idea. Más aun, la tesis del positivismo jurídico más duro es que el derecho se compone exclusivamente de contraejemplos. Searle concluye que si tiene alguna importancia esta distinción solo se limita a la distinción entre dos géneros de actos ilocucionarios: evaluar y describir. Pero incluso acá no es demasiado útil pues, estrictamente hablando, son solo dos entre cientos de tipos de actos ilocucionarios (Austin se jactaba de que mirando el diccionario había descubierto mas de un centenar) y las oraciones como la forma 5 “Juan debe pagar a Pérez veinte duros” no entraría claramente en ninguno de los dos.

Ahora debemos responder la pregunta que quedó planteada más arriba acerca del lugar del aspecto interno de la norma en Hart. La verdad es que la teoría práctica de las reglas sociales no es muy distinta de la idea de hechos institucionales de Searle y con eso queremos sugerir que dicha teoría no ha salido del ámbito de la epistemología a la que aspira el positivismo. Lo que distingue a las acciones que realizamos en contextos institucionales para ambos autores es la existencia de reglas constitutivas. Como ya hemos dicho este es un gran avance en relación con el modelo del positivismo simple referido exclusivamente a hechos brutos, pero ha quedado una cuestión fuera ¿Qué lugar le damos en el análisis sobre los hechos institucionales al aspecto interno de las normas

¹⁷⁴ Searle, Ob. Cit., p 189

de Hart?

Recordemos que para Hart “aceptación de una regla” no es sinónimo de “aceptación moral de una regla”. En estricto rigor la única regla que debe ser aceptada en un sistema jurídico moderno es la regla de reconocimiento (no es necesario que existan reglas consuetudinarias, que son las otras reglas que deben su existencia a su aceptación), y ya vimos que como requisito conceptual mínimo, solo era necesaria la aceptación de dicha regla por parte de los funcionarios (para Hart un régimen injusto y opresivo es injusto y opresivo pero de allí no se puede concluir que sea antijurídico), y por último, Hart se preocupó de aclarar que si aceptamos la distinción de Dworkin entre moral convencional y moral concurrente o por convicción, la aceptación que se requiere por parte de los jueces debe ser solo de carácter convencional.

De modo que la existencia de la regla de reconocimiento es una cuestión empírica que se reduce al comportamiento concordante de la comunidad de jueces que se sienten vinculados por una regla que no impone una obligación moral, que es aceptada pero de una manera meramente prudencial y convencional y que es la única regla en el sistema jurídico que requiere, como requisito conceptual mínimo, contar con un aspecto interno (las demás normas pueden ser válidas pero no aceptadas.)

Reducido a eso, el aspecto interno no parece tener una función demasiado relevante, salvo tal vez, plantear de una manera distinta una cuestión que el escepticismo ante las reglas ya había advertido: que el derecho en última instancia es lo que los funcionarios que lo aplican deciden que sea. Hemos visto que si Hart quiere salir de esta interpretación escéptica debe dar un nuevo sentido al concepto de consenso social como requisito de la existencia de reglas.

Un camino es el planteado por Dworkin. Ese consenso es más intenso de lo que el positivismo reconoce, pues permite por ejemplo, que los jueces puedan tomar decisiones en contra del texto expreso de una regla cuando hay razones morales para hacerlo. Pero esas razones no nacen de la imaginativa ocurrencia personal del juez, dado que éste se encuentra limitado por su responsabilidad política. Por el contrario, estas razones morales dependen de los principios jurídicos que integran el derecho. El hecho de que haya un consenso es el que permite reconocer que las disputas en torno a la aplicación de los principios son disputas sobre el derecho y no sobre las opiniones de cada juez.

¿Qué rol juega en esta versión el aspecto interno de las normas? El rol de materializar la responsabilidad política de los jueces en la efectiva indagación de lo que el derecho requiere en cada caso. Dicha indagación, se entiende, no puede hacerse en todos los casos a la manera analítica de la subsunción de un caso particular en una regla general. Para hacer ese trabajo se requiere, como se comentó en el capítulo 5.1 de una epistemología holística. Esa indagación requiere tomar en cuenta los consensos interpretativos de la comunidad a la que pertenece el juez, consensos que en una sociedad democrática, necesariamente están más allá de las prácticas gremiales. Creemos que ahora sí es posible reemplazar la referencia a la epistemología por la referencia a la hermenéutica.

3 LAS CIENCIAS SOCIALES RECONSTRUCTIVAS Y COMPRENSIVAS

Habermas¹⁷⁵ observa que cuando en la década de 1960 propuso que las ciencias

sociales no debían prescindir de la dimensión hermenéutica enfrentó dos críticas características.

Por una parte, se sostenía que, así como Hans-Gerorg Gadamer lo había señalado, el problema de la comprensión se daba sobre todo en contextos no científicos y que por lo tanto la hermenéutica filosófica se enfrenta a la tarea de aclarar los procesos de comprensión habituales y no los intentos sistemáticos de recopilación y análisis de datos. En otras palabras, la hermenéutica prescindía del método para hacer frente a los problemas que planteaban las ciencias sociales. Más aún, la hermenéutica oponía verdad a método.

El segundo tipo de objeción sostenía que en realidad el problema de la hermenéutica consistía en que mistificaba la interpretación. Bastaba con desarrollar los modelos adecuados para reemplazar la interpretación por datos objetivos, es decir, solo era necesaria la hermenéutica allí donde la ciencia aún no se asentaba sólidamente.

Sin embargo, la opinión sobre la conveniencia de la hermenéutica cambió hacia la década de 1970 en parte motivada por el debate entre Popper¹⁷⁶ y Kuhn que terminó por debilitar la autoridad del positivismo lógico trasladando el acento de la investigación sobre la ciencia desde las construcciones normativas, como la de la falibilidad de Popper hacia propuestas de índole hermenéutica. No nos queda claro si la posición de Kuhn es fácilmente reductible a la hermenéutica, pero lo que sí está claro que logró, fue poner a la práctica científica en la historia, cuestión impensable desde el punto de vista epistemológico más tradicional.

Por otra parte el modelo objetivo de las ciencias sociales tradicionales hizo patente su fracaso, abriendo el camino a concepciones nuevas como la hermenéutica. Desde esta mirada temporal, pareciera que los estudios de la teoría general del derecho a la luz de los lenguajes corrientes que inició Hart hacia comienzos de la década de 1960 de alguna manera se adelantaron al cambio que ocurrió en la década de 1970.

Pero es difícil sacar conclusiones en esta materia pues por una parte los estudios de la teoría general del derecho han mantenido una relativa independencia respecto de las modas teóricas del resto de las ciencias sociales y por otra, es posible explicar este adelanto por una contingencia de lo más pedestre: Hart fue contemporáneo de Austin en sus clases en Oxford y entre ellos hay una obvia relación teórica. Nos parece que el desarrollo del concepto austiniano de los actos realizativos o preformativos (dependiendo la traducción) le debe mucho a los ejemplos del derecho. Por otra parte, el acento en los modos de habla que pone Hart para desarrollar su teoría social de las reglas y especialmente el aspecto no cognitivo de las reglas explicado desde la perspectiva de los actos performativos demuestra esta mutua influencia.

¿Qué entiende Habermas por hermenéutica? Habermas subraya que el uso del habla puede responder a dos modos, “toda expresión de significado –ya sea una manifestación (verbal o no verbal), un artefacto cualquiera como una herramienta, por

¹⁷⁵ Habermas, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, Ediciones Península, 1996

¹⁷⁶ Ver Kart R. Popper, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, editorial Tecnos, 1962

ejemplo, una institución o un texto- se puede identificar desde una perspectiva doble, como acontecimiento material y como una objetivación inteligible de significado.”¹⁷⁷ Uno de esos dos modos, el referido al significado, expresa la dimensión hermenéutica del lenguaje, el otro, expresa un uso puramente cognitivo del lenguaje. Las diferencias entre un modo y otro responden al hecho de que el modo cognitivo (el gato está sobre la alfombra) solo requiere de una relación entre la frase que se emite y algo en el mundo a lo que la frase se remite –exista o no. La epistemología se ocupa de esa relación entre lenguaje y realidad.

El modo hermenéutico depende de la comprensión que se haga de lo que se dice, y por lo tanto supone elementos que el modo cognitivo no necesita: se requiere que alguien este en comunicación con algún oyente, que se exprese sobre algo que aquél quiere decir. Por lo tanto habrán elementos hermenéuticos de los que la epistemología no se ocupará: i) una manifestación que sirve de expresión de las intenciones del hablante, ii) que sirve de expresión para el establecimiento de una relación interpersonal entre hablante y oyente, y iii) que sirve como expresión de que hay algo en el mundo.

Esto significa que habremos de suponer una relación más compleja en los asuntos de la comunicación que la típica metáfora visual de hablar *sobre* algo. Quien se expresa para postular algo sobre el mundo tomará una posición objetivadora acerca del mundo. Quien participa en procesos comunicativos (y eso quiere decir: participar en la integración social o en la coordinación de planes de diversos actores en la interacción social) cuando dice algo o comprende lo que se ha dicho adopta una actitud performativa. Por medio de ella se puede pasar de la actitud objetivadora típicamente expresada en tercera persona, a la actitud reglada expresada en segunda persona y a la actitud expresiva de la primera persona.

Por eso Searle llamaba la atención que su “paso” de un enunciado de hecho a un enunciado valorativo se haya hecho en tercera persona, pues se supone que los enunciados valorativos han de formularse en segunda persona, como recomendación, orden, suplica, etc. o en primera persona como expresión de sentimientos de compulsión o deber etc.

La actitud realizadora permite cambiar las disposiciones hacia las pretensiones de validez que formula el hablante en espera de una respuesta afirmativa o negativa del oyente. En otras palabras, lo que permite la actitud realizadora es recuperar la dimensión persuasiva del lenguaje. Sin embargo, estas distinciones de las diversas fuerzas ilocutorias de los discursos no están rígidamente definidas por ciertos patrones como la primera, segunda o tercera persona u otros por el estilo. Un discurso objetivador *sobre* el mundo realizado en tercera persona puede apelar a la persuasión de los oyentes, es lo que sostenía Habermas a propósito de Hobbes¹⁷⁸ y es lo que hemos sostenido en general sobre el positivismo.

Por otra parte, en la medida en que hablante y oyente se comunican recíprocamente en una actitud performativa participan de las funciones que, en términos de Habermas,

¹⁷⁷ Habermas, Ob. Cit., p 36

¹⁷⁸ Ver capítulo 5.3

“completan sus acciones comunicativas para la reproducción del mundo vital común”.¹⁷⁹ Lo que quiere decir, más o menos que, en contextos de igualdad y libertad participativa como la democracia, los ciudadanos pueden apelar a la persuasión recíproca para ir construyendo el mundo común que es el mundo público. Como vimos, en el capítulo 5.5, la función del derecho en ese contexto es regular y asegurar que los mecanismos persuasivos respondan a las reglas del juego limpio, es decir asegurar las que reglas morales validen las decisiones políticas que se vayan tomando.

4 INTERPRETACIÓN Y OBJETIVIDAD

Según Habermas, al comparar la posición en tercera persona de aquellos que se limitan a decir como son las cosas del mundo (la posición de los científicos) con la posición performativa de quienes tratan de comprender lo que se les dice, se manifiestan las diferencias que produce la incorporación de la metodología hermenéutica en el campo social:

Quienes se colocan en la posición de entender lo que se les dice quedan fuera de la posición privilegiada del observador, del “ojo de Dios” como dice Puntman. Al participar en acciones comunicativas se acepta en principio la misma posición de aquellos a quienes se trata de comprender y eso significa que se pierde la inmunidad frente a las reacciones del interlocutor. Dice Habermas que en este contexto no puede darse una decisión *a priori* acerca de quién debe aprender de quién.

Los intérpretes no solo prescinden del ojo de Dios sino que se enfrentan al problema de la dependencia contextual de su propia interpretación. A esto se refiere Dworkin cuando dice que la teoría jurídica no puede aspirar a la generalidad que pretende Hart sino que debe limitarse a la interpretación del contexto cultural del cual es parte. Esto tiene una consecuencia inesperada: la comprobación global de la situación hermenéutica del intérprete no puede ser cuestionada en su totalidad. Nuevamente esto está expresado por Dworkin cuando enfrenta al juez Hércules con el juez Herbert y sostiene que es inevitable que en algún momento, no importa el procedimiento que se elija, cuando se toma una decisión siempre se deberá confiar en el propio juicio, en el sentido que le da Dworkin a “confiar en el propio juicio”.¹⁸⁰

Otro asunto al que se enfrenta el intérprete es que en el habla cotidiana la mayor parte de los enunciados se extienden a enunciados no descriptivos y pretensiones de validez no cognitivas. Esto explica que el conocimiento del que hacemos uso en los contextos comunicativos cotidianos es más comprensivo que el conocimiento relativo a la verdad de un enunciado cognitivo. Es a eso a lo que nos hemos referido cuando se expuso que el método al que se debe recurrir para enfrentar el convencionalismo profundo es más holístico que analítico.

En resumen, dice Habermas que “comprender lo que se dice precisa participación y no mera observación.”¹⁸¹ Se sostiene que en el ámbito de las ciencias sociales comprensivas es imposible que existan lenguajes axiológicamente neutros. Con la

¹⁷⁹ Habermas, Ob. Cit., p 38

¹⁸⁰ Ver Capítulo 3.5.3

distinción entre ciencias hermenéuticas y no hermenéuticas no se está postulando un dualismo ontológico entre distintos ámbitos de la realidad (cultura / naturaleza, valor / hechos, ser / deber ser etc.) sino una distinción metodológica entre ciencias que para la obtención de datos deben comprender lo que dice alguien y las que no necesitan hacer una cosa como esa. El acento está en que *para la producción de datos* se requiere enfrentar problemas de interpretación.

En las ciencias sociales se han dado tres reacciones características al problema de la pérdida de confianza en la posibilidad de describir los hechos desde un lenguaje axiológicamente neutro:

a) desde una perspectiva que Habermas llama “objetivismo hermenéutico” algunos han restado importancia al problema. Si se entiende la comprensión desde una perspectiva intuitiva se puede postular sin problemas que podemos meternos en la conciencia de otras personas y descifrar el significado de lo que dicen. Habermas descarta esta posibilidad dada la crítica que el propio Gadamer ha efectuado al intuicionismo.

Hart ha pretendido que es posible acceder al trasfondo significativo de las prácticas sociales por medio de operaciones relativamente simples. Esa simplicidad solo puede justificarse desde el punto de vista intuitivo. Hemos expuesto el modelo de la función judicial de Dworkin que, expresado con otras palabras, es una crítica al intuicionismo. Lo que ha sostenido es que la responsabilidad política de los jueces (y del derecho en general si es que las instituciones como el derecho pueden tener “responsabilidad”) obliga a una coherencia que el intuicionismo no tiene, y con ello se descarta el método intuitivo de Hart.

b) Otros plantean una hermenéutica radical, más cercana al concepto de Rorty, para acceder a esferas que tradicionalmente se han considerado dominio de las ciencias sociales. Se prescinde de toda pretensión de objetividad y de un conocimiento explicativo. Como consecuencia de eso se postula un relativismo de algún tipo. Ya volveremos sobre Rorty.

c) Algunos están dispuestos a renunciar al postulado convencional de la neutralidad axiológica, pero abogan por la necesidad y posibilidad de que el conocimiento teórico que se produzca sea objetivo. Esta es la posición del propio Habermas.

Habermas propone un ejemplo para demostrar en cómo es posible esta tercera vía hermenéutica. El ejemplo se refiere a la interpretación de un texto tradicional – como la ley podríamos agregar. La paradoja está en que justamente en la medida en que los intérpretes pierden el privilegio del observador ajeno, de la tercera persona, por causa de su participación en el proceso de comprensión, adquieren los medios para mantener la imparcialidad en dicho proceso.

Cuando se interpreta un texto tradicional puede parecer que se entienden las frases del autor. Luego, se descubre que no se ha comprendido correctamente pues no se comprende tan bien como para, llegado el caso, responder las preguntas del autor. Eso puede ser explicado porque aún se está refiriendo el texto a un contexto inadecuado. Por

¹⁸¹ Habermas, Ob. Cit., p 40

lo tanto debemos revisar la idea que de él nos hemos hecho. Este es el punto de partida, para Habermas, de la investigación hermenéutica conducente a resultados objetivos. Es la idea muy popperiana de que la objetividad de una teoría depende de manejar criterios de corrección referidos fundamentalmente a los errores más que a los aciertos. Ahora, como intérpretes, tratamos de comprender por qué el autor hace ciertas afirmaciones en su texto o respeta o quebranta determinadas convenciones o afirma o expresa determinadas disposiciones, sentimientos etc. Sabemos que el autor cree en la existencia de determinadas entidades, que están en vigor determinadas normas y valores, etc. “Únicamente en la medida en que los intérpretes consigan averiguar los *motivos* por los que sus manifestaciones le parezcan racionales al autor, entenderán lo que este haya querido decir.”¹⁸²

A lo que apunta Habermas es que solo en la medida en que se comprenda por qué el autor de un texto expuso lo que expuso y se sintió justificado para hacerlo, se entiende el significado de dicho texto. Esta es justamente la tarea que se le ha encomendado a Hércules. Cuando parece que no entendemos que es lo que exige el derecho entonces debemos reconstruir las instituciones jurídicas para dar con las razones que se tuvieron en cuenta para asignar la solución tal o cual en determinado caso que es análogo a éste en la medida en que tal o cual aspecto relevante está presente en ambos.

Por supuesto que este razonamiento ha de contar con una premisa adicional. Podemos estar seguros que en tal o cual caso la solución jurídica es ambigua o que *no existe* solución para ese caso o que no importando lo injusto o descabellado que pueda ser, la aplicación de una determinada norma a un caso particular conduce a *esa* solución descabellada o injusta. Ninguno de esos casos pareciera indicar la necesidad de *entender* correctamente el derecho.

Por lo tanto habremos de contar con la premisa de que el derecho le exige a los jueces ajustar sus resoluciones a ciertos parámetros morales determinados, a los principios. La justificación de esa exigencia es política. Los jueces están sujetos a responsabilidades que son incompatibles con la discrecionalidad, y esas responsabilidades son parte del derecho.

Los intérpretes, continúa Habermas, deben explicar el contexto que el autor ha presupuesto para evitar negar *a priori* la racionalidad del texto, se trata de la racionalidad inmanente al texto pero no es lo mismo que los motivos sean razonables o solo lo parezcan. Esto nos conduce a uno de los escollos más importantes en la disputa entre Dworkin y el positivismo. Se trata que al menos implícitamente siempre es necesario enjuiciar los motivos que haya tenido el autor del texto para poder comprenderlo. Por enjuiciar los motivos, se entiende tomar posición frente a ellos aprobarlos o rechazarlos. “Los motivos solo pueden comprenderse en la medida en que se toman en serio y se valoran como motivos.”¹⁸³ No hace falta llamar la atención sobre la simetría del argumento hermenéutico con el argumento reconstructivo de Dworkin. Los intérpretes solo aclararán el significado de una expresión oscura cuando expliquen por qué se ha

¹⁸² Habermas, Ob. Cit., p 43

¹⁸³ Habermas, Ob. Cit., p 44

producido esa oscuridad, es decir, por qué los motivos que ha aducido el autor ya no resultan convincentes en nuestro contexto.

Habermas señala que toda interpretación es una interpretación racional pues tanto en la comprensión como en la valoración de motivos los intérpretes no pueden menos que postular pautas de racionalidad que ellos mismos considerarían como vinculantes para todas las partes, incluido el autor y sus coetáneos. Aunque esto no es prueba de la racionalidad de las pautas propuestas. Pongamos un ejemplo: En las novelas policiales normalmente el o la protagonista deberán resolver un misterio: ¿Quién mató a la víctima? Y la respuesta a esa pregunta pasa por contestar otra: ¿Por qué? Fundamentalmente el trabajo que harán los protagonistas de una novela policial será un trabajo interpretativo. Pero ese trabajo interpretativo presupone la racionalidad de las motivaciones del homicida. Dicha racionalidad supone que los motivos pueden ser compartidos, en el sentido de “entendidos” por cualquiera. Sin embargo, siempre habremos de contar con una premisa adicional: que el asesino no era un psicópata o un perro de infierno o alguna entidad sobrenatural. El positivismo no necesariamente implica escepticismo moral, pero cuando lo hace se parece mucho a la respuesta no racional en las novelas policiales. Su respuesta será que no se puede saber quien era el asesino porque puede haber sido un psicópata que no haya operado con ningún cálculo inteligible o un perro del infierno o cualquier otra entidad desconocida.

Las novelas policiales son más entretenidas mientras más racional resulta la explicación del homicidio. Eso nos debe conducir hacia el análisis pragmático y formal referido a la validez de las manifestaciones y actos simbólicos. Habermas lo expresa de manera menos metafórica señalando que debemos concentrarnos en las reconstrucciones racionales del *know how* del hablante competente. Aquí es donde se unen disciplinas como la lógica, la teoría del conocimiento y de la ciencia, la filosofía del lenguaje, la ética, etc. y es por aquí que Rorty intenta deconstruir las diferencias entre epistemología y hermenéutica refiriéndolas ambas al problema de la justificación. “Todas estas disciplinas tienen el objetivo común de dar cuenta del conocimiento preteórico y del dominio intuitivo de los sistemas normativos, que se encuentran en la base de la producción y enjuiciamiento de manifestaciones y producciones simbólicas, ya se trate de conclusiones correctas, buenos argumentos, descripciones acertadas etc.”¹⁸⁴ Como explicitan las condiciones de validez de los argumentos, las reconstrucciones racionales pueden explicar casos desviados, y aspirar a una función crítica de dichos argumentos. Más aun, en la medida en que estas reconstrucciones racionales trascienden los límites de los usos tradicionales, pueden determinar nuevas pautas y adoptar una función reconstructiva. Más allá de eso, si dichas reconstrucciones racionales se pretenden a sí mismas como universales pueden aspirar al papel de conocimiento teórico que incorpore argumentos trascendentales y justifiquen la necesidad de determinados presupuestos de las prácticas relevantes.

Estos tres elementos, señala Habermas, es decir el contenido crítico, la función reconstructiva y la fundamentación trascendental del conocimiento teórico han llevado a algunos a postular que determinadas reconstrucciones son necesarias como

¹⁸⁴ Habermas, Ob. Cit., p 45

fundamentos últimos. Debemos estar bien prevenidos de evitar dichas inclinaciones, pues las reconstrucciones racionales solo pueden aspirar al estatus de hipótesis. Se puede haber elegido mal los ejemplos de los que se partió, haber omitido algunos elementos relevantes, pero lo más típico es que se exagere la generalización de los casos individuales.

Si nos remitimos a la discusión que hemos expuesto a lo largo de esta tesis tenemos un buen ejemplo de la generalización exagerada a partir de un número demasiado limitado de casos: en la crítica de Hart al positivismo simple, la crítica de Dworkin al positivismo de Hart, la respuesta de Hart a las objeciones de Dworkin y las críticas que hemos efectuado a las respuestas de Hart veremos que hay una continuidad. Siempre se hará ver que la teoría que se critica ha omitido algún ejemplo importante en su análisis, y que por el contrario ha llevado demasiado lejos la generalización a partir de los ejemplos que sí ha tomado en cuenta, que esa omisión y generalización permiten entender por qué la teoría contendora se ha equivocado y no ha llegado a *nuestra* conclusión, que a su vez es una nueva generalización a partir de ejemplos que resultan relevantes y que están sujetos a la objeción de no contemplar otros ejemplos etc.

5 DONDE TERMINA LA EPISTEMOLOGÍA COMIENZA LA HERMENÉUTICA

Hasta ahora se ha planteado una cuestión que puede ser expresada más o menos en los siguientes términos: el positivismo fracasa no porque no percibe la verdadera ontología del derecho, sino porque se empeña en una epistemología que no da cuenta de fenómenos relevantes sobre el derecho, entre ellos el fenómeno de su propia influencia sobre el derecho.

Lo que se debe hacer es reemplazar esta metodología estrecha por alguna que permita integrar cuestiones valorativas que de otra manera quedan encubiertas. Es decir, se debe abandonar la posición de observador privilegiado y asumir los compromisos con que se enfrenta la cuestión del derecho por medio de una aproximación hermenéutica. En resumen, se debe reemplazar la epistemología por la hermenéutica.

Desde una perspectiva que podríamos llamar escéptica, y que ha venido acompañando la argumentación que hemos desarrollado a modo de contrapunto, se ha prevenido sobre el engañoso reemplazo de la epistemología por la hermenéutica. Específicamente R. Rorty ha sostenido que “hermenéutica no es el nombre de una disciplina, ni de un método de conseguir los resultados que la epistemología no consiguió obtener, ni de un programa de investigación. Por el contrario, la hermenéutica es una expresión de esperanza de que el espacio cultural dejado por el abandono de la epistemología *no llegue a llenarse*.”¹⁸⁵

Podemos acudir a Rorty a modo de contrapunto escéptico de lo que ya hemos planteado.

La epistemología parte de la base de que las diversas aportaciones de un discurso sobre alguna cuestión son mutuamente conmensurables, y por conmensurable entiende que las posiciones en un debate pueden ser sometidas a un conjunto de reglas que nos indican cómo podría llegarse a un acuerdo sobre cada uno de los puntos respecto de los

¹⁸⁵ El subrayado es nuestro p. 287. R. Rorty *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1989

cuales hay controversia. El punto de partida de la epistemología, en otras palabras, es que debe ser posible ponerse de acuerdo. La hermenéutica de Rorty es un intento de zafarse de esa orientación hacia el acuerdo.

Por acuerdo, en este contexto, no debemos entender la teoría consensual del positivismo jurídico. La tesis del consenso positivista es una tesis material referida a la ontología del derecho: el derecho es aquello que se ha consensuado que sea, ya sea por referencia a las fuentes, ya sea por el acuerdo sobre la regla de reconocimiento, etc. La tesis del acuerdo señalada por Rorty es una tesis epistemológica, es decir, sea lo que sea la cuestión debatida debemos comprometernos con determinadas metodologías compartidas que nos permitan: i) aclarar exactamente sobre qué estamos discutiendo, ii) cuales son los criterios de corrección formal de los enunciados sobre el tema que nos ocupa, y en consecuencia, iii) cuáles son los criterios que nos permiten definir el éxito o fracaso en la disputa.

En el positivismo jurídico existe una notable ambigüedad entre esos dos planos. A veces parece que el problema consensual es un tema ontológico tal como lo hemos planteado a propósito de la crítica a la teoría práctica de las reglas sociales y otras, el asunto parece más metodológico, por ejemplo cuando se plantean cuestiones como que, sea cual sea nuestra valoración sobre el derecho, debemos preocuparnos del derecho *en sí*, pues sobre las valoraciones no nos vamos a poner de acuerdo. El capítulo IX del libro de Hart *El concepto del derecho* expresa ese tipo de argumentos.

Las reacciones contra la crítica a la conmensurabilidad expresan el temor a que con ella lo que se termine poniendo en duda sea la racionalidad, que al final del día no queden criterios que definan lo que es un acuerdo o desacuerdo racional y en última instancia “que se reanude la guerra de todos contra todos.”¹⁸⁶

Rorty nos previene sobre dos funciones que puede tener el filósofo, y en nuestro contexto podemos parafrasear; dos funciones que puede tener la teoría general del derecho: a) actuar como un intermediador socrático entre varios discursos y lograr por medio de la conversación, como dice Rorty, que los diversos pensadores vayan abandonando sus respectivas posiciones herméticas. Creemos que de alguna manera lo que hemos señalado sobre Habermas en el capítulo 5 es una aspiración de ese tipo; b) se puede actuar como un supervisor cultural que conoce el terreno común de todos los contrincantes, actuar como un rey filósofo.¹⁸⁷ El conocedor del contexto último, de lo que tiene sentido y de lo que no, y en el derecho, el guardián del argumento dogmático y el denunciador del argumento “extrajurídico”. Rorty reserva a la epistemología y su método de la conmensuración el segundo papel y a la hermenéutica y su no-método de la conversación el primero.

Esta distinción entre epistemología como la apuesta por lo conmensurable y hermenéutica como la apuesta por lo no conmensurable se parece en algo a la distinción

¹⁸⁶ Rorty, Ob. Cit., p 289

¹⁸⁷ La metáfora de Gabriel Bello: “La filosofía como gran arquitecto de la cultura, o al menos como la corredora de propiedades de la urbanización del mismo nombre”, en “Richard Rorty en la encrucijada de la filosofía postanalítica”. Introducción a la traducción castellana de R. Rorty *El giro lingüístico*, Barcelona, Paidós, 1990

entre epistemología a secas y epistemología holística que expusimos a propósito de la distinción entre convencionalismo superficial y convencionalismo profundo. Dicho parecido, y aun más, la diferencia entre la “hermenéutica” de Rorty con la “hermenéutica” de Habermas (el tercer sentido de hermenéutica que describió) pueden hacer parecer esta distinción entre hermenéutica y epistemología como algo forzado. Rorty se hace cargo de la acusación y para justificar el uso que hace de los términos que maneja recurre a la relación entre el holismo y el “círculo hermenéutico”.

Nuestro conocimiento de las cosas depende de las representaciones que nos hagamos de ellas. La exactitud que podamos llegar a tener puede conducirnos a otorgar a algunas de esas representaciones un carácter privilegiado. Por ejemplo, de los fenómenos de la naturaleza, el hecho de que el agua hierva a cien grados y se congele a cero, tiene la virtud de establecer una convención sobre las medidas de la temperatura. Dicha convención se funda en un dato privilegiado, el hecho de que la temperatura a la que hierve el agua es constante (excluidos los cambios de presión). El argumento holístico sostiene que no podemos aislar elementos básicos, como que el agua hierve a cien grados, a no ser que nos basemos en nuestro conocimiento previo de la estructura general dentro de la que ocurren esos fenómenos básicos como que el hecho de que la temperatura a la que hierve el agua puede ser constante. Por eso, dice Rorty, no podemos sustituir la realización exitosa de una práctica por la “representación exacta” elemento por elemento. La elección de los elementos estará determinada por nuestra comprensión de la práctica en vez de que la práctica esté legitimada por una reconstrucción racional a partir de elementos. Esto indica que no podemos evitar el círculo hermenéutico, es decir el hecho de que nuestra comprensión de las partes depende de nuestra comprensión previa del todo, y viceversa. El proceso del conocimiento es un proceso de avance y retroceso constante.

En el caso del agua, para llegar a sostener que su punto de ebullición era de cien grados había que contar con una idea previa: que dado que debe haber una temperatura constante, entonces debe haber algún elemento adicional a la temperatura que influya en el punto de ebullición pues la observación empírica demostraba que de hecho el agua no hervía a cien grados. Se determinó que la presión atmosférica también era un factor que determinaba el punto de ebullición solo al precio de no abandonar la idea previa (que había una temperatura constante) a pesar de la observación empírica (el agua hervía a diferentes temperaturas).

En el derecho ocurre otro tanto: solo se puede decir que el derecho es la orden del soberano respaldada por una amenaza, al precio de dejar de lado ciertas evidencias empíricas como las señaladas por Hart. Cualquier teoría sobre el derecho que aspire a dar una imagen privilegiada acerca de lo que el derecho realmente es, habrá de partir de una preconcepción que se justificará por medio de la teoría al tiempo que la teoría se explicara por referencia a la preconcepción.

Rorty sostiene que se ha vinculado la distinción entre la epistemología y la hermenéutica a la distinción entre cuestiones cognitivas y cuestiones no cognitivas. La idea de fondo es que el conocimiento serio debe contar con algún parámetro de conmensuración y que por lo tanto las cuestiones de gustos y opiniones que no son susceptibles de conmensuración son cuestiones subjetivas.

En realidad, continúa Rorty, la distinción entre cuestiones epistemológicas y cuestiones hermenéuticas depende de la diferencia que hay entre los “discursos normales” y los “discursos anormales.”¹⁸⁸ Los discursos normales son aquellos que se realizan en el contexto de un conjunto admitido de convenciones sobre cómo ha de hacerse un aporte relevante al conocimiento en tanto que el discurso anormal ocurre cuando alguien interviene en el discurso ignorando las convenciones que lo dominan o dejándolas de lado. Una diferencia que debe resaltarse entre el discurso normal y el anormal es que el segundo no puede ser descrito por ninguna disciplina del mismo modo en que tampoco lo puede ser lo imprevisible o la creatividad. Pero, señala Rorty, la hermenéutica es el estudio del discurso anormal desde la perspectiva del discurso normal, es decir, es el intento de dar sentido a lo que está pasando cuando aún no estamos tan seguros de qué es eso que está pasando como para poder definirlo en términos epistemológicos. En ese sentido, la hermenéutica tiene una suerte de función aclaradora al estilo de la epistemología, pero a diferencia de ella no procede de manera reductiva sino holística.

Así, la línea divisoria entre epistemología y hermenéutica no es un reflejo de la distinción entre naturaleza y cultura, ser y deber ser, teoría y praxis o cualquier otra división ontológica acerca del mundo. “La diferencia es una cuestión de *familiaridad*, simplemente. Seremos epistemólogos donde comprendamos perfectamente bien lo que está ocurriendo, pero queremos codificarlo para ampliarlo, fortalecerlo, enseñarlo o <<buscarle una base>>.”¹⁸⁹ De allí que donde allá algún campo de convenciones relativamente sólido acerca de las prácticas admitidas de investigación habrá conmensuración epistemológica. En campos como el arte académico, la filosofía escolástica, la política parlamentaria o en la ciencia normal, dice Rorty que habrá conmensuración, pero esta no depende de haber descubierto algo sobre la naturaleza del conocimiento humano, sino simplemente del hecho de que una determinada práctica ha imperado durante suficiente tiempo para aislar y describir las convenciones que la hacen posible. Rorty recuerda que en algunos períodos ha sido tan fácil determinar la justicia en el análisis de un poema como determinar la capacidad de un observador en una medición precisa.

¿Qué tiene que ver todo esto con el derecho? En el capítulo 4.3.2 comentamos que Joseph Raz era partidario de una corriente conocida como positivismo excluyente.

El criterio de clasificación depende de la respuesta que se le dé al argumento del contraste con la práctica (que en la práctica los jueces de hecho usan argumentos morales incluso contra el tenor literal de las normas jurídicas) y en el caso del positivismo

¹⁸⁸ Esta distinción entre discursos normales y anormales es una generalización de la distinción que hace Kuhn entre ciencia normal y ciencia revolucionaria. La ciencia normal es la que se desarrolló con un consenso de trasfondo sobre lo que se tiene por una buena explicación, un argumento correcto o los requisitos para que una controversia se resuelva. La ciencia revolucionaria es la que propone la introducción de nuevos paradigmas, es decir nuevas convenciones sobre lo que ha de contar como un problema importante y los modos de enfrentarlo. Ver Thomas Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 2000.

¹⁸⁹ Rorty, Ob. Cit., el subrayado es nuestro p. 292

excluyente lo que se sostiene es que los jueces pueden aplicar criterios morales porque gozan de discrecionalidad. Veremos ahora un poco más de cerca la posición de Raz sobre el problema de las fuentes.

Raz hace una distinción a propósito de la tesis de las fuentes¹⁹⁰. En relación con el comportamiento, dice, se puede distinguir entre el nivel deliberativo y el nivel ejecutivo. En el primero, se evalúa el mérito de distintos cursos de acción. En el segundo dicha evaluación queda excluida de modo que la cuestión de qué hacer se plantea como problema ejecutivo, esto es: habiéndose decidido en el nivel deliberativo qué hacer en ciertas circunstancias, se debe resolver un problema de memoria y otro de identidad. El de memoria es ¿Qué acción fue decidida y en qué circunstancia? Y el de identidad es ¿Es esta una acción del tipo especificado y son estas las circunstancias especificadas? Queda también un elemento residual de opción que es dejado como indiferente por el estadio deliberativo.

Las cuestiones de identidad pueden convertirse en cuestiones morales cuando, por ejemplo, se señala que se debe realizar la acción más justa, o que el contrato será válido en la medida en que no afecte la moral, y si este es el caso, entonces estamos frente a una situación deliberativa. Cuando la identificación de la acción requerida no depende de argumentos morales se dice que por definición estamos en el estadio ejecutivo. Se trata, como decía Barros, de la manera en que la aplicación de las reglas, a diferencia de los principios, es típicamente un asunto de constatación de hechos.¹⁹¹

Raz sostiene que la distinción entre estos dos estadios es necesaria para la existencia del derecho. De acuerdo con la tesis de las fuentes, el derecho existe únicamente en sociedades donde hay instituciones que reconocen la distinción entre el estadio deliberativo y el estadio ejecutivo. Dichas instituciones se ven obligadas a reconocer y aplicar ciertas razones, no porque de haber sido confiada la cuestión deliberativa habrían aprobado el mismo curso de acción, sino porque dichas razones están autoritativamente establecidas por la costumbre, legislación etc. es decir están en el estadio ejecutivo.

Únicamente razones que obligan a los tribunales sin necesidad de recurrir a argumentos morales para establecer su existencia, son razones jurídicas. La tesis de las fuentes asigna al derecho el estadio ejecutivo de la toma de decisiones.

Raz nos aclara algunos puntos: 1) Que las razones sean válidas u obligatorias no significa que sean buenas razones, la validez no respalda el punto de vista de los tribunales. 2) No se señala que todos los argumentos que reconocen y aplican los tribunales sean identificables sin recurrir a argumentos morales. Se señala que de los argumentos y consideraciones que legítimamente pueden reconocer y aplicar, únicamente son consideraciones jurídicas aquellas que se conforman a lo que se ha señalado sobre los estadios ejecutivos. Los tribunales pueden recurrir a consideraciones extrajurídicas pues gozan de discrecionalidad 3) La tesis identifica las razones jurídicas desde el punto de vista de los tribunales, como razones ejecutivas que los tribunales se

¹⁹⁰ En el postscriptum de *El concepto de sistema jurídico*, Raz, Ob Cit.

¹⁹¹ Ver Capítulo 3.1

ven obligados a reconocer. Pero no es parte de la tesis que todas las razones jurídicas sean dirigidas a los tribunales.

La tesis de las fuentes es una tesis sobre la finalidad y no, sobre lo que debe ser el derecho. Aquellas acciones que se realizan luego de un estadio de deliberación, es decir después de que se ha fijado la decisión sobre la acción, se vuelven más inmunes contra la revisión. Dicha inmunidad es importante para impedir divergencias entre los miembros de la comunidad en base a lo que se crea que es mejor o peor. La necesidad por la finalidad (la finalidad de poder llevar a cabo la decisión), se vuelve para Raz insuperable.

Dos cosas debemos resaltar: lo primero es que la tesis de las fuentes para Raz implica que cuando los tribunales aplican argumentos morales están recurriendo a argumentos extrajurídicos. Con el tiempo Raz se vio en la necesidad de reconocer que ese tipo de argumentos se daba en la práctica. Su explicación fue que las fuentes obligan solo en principio a los jueces pues estos gozan de discrecionalidad para dejar de aplicar el derecho y aplicar estos criterios extrajurídicos. Vimos que de acuerdo a los conceptos del propio Raz, proponer que el derecho no era obligatorio para los jueces era equivalente a que el derecho no es obligatorio para nadie. Con eso nos parece que es suficiente para descartar la tesis de las fuentes en el sentido en que la plantea el positivismo excluyente.

En segundo lugar Raz ha propuesto una distinción muy interesante entre el estadio deliberativo y el estado ejecutivo. Tal como hemos visto, para Raz los argumentos jurídicos propiamente tales son aquellos que pertenecen al estadio ejecutivo. El derecho es aquello que ya está decidido, pero lógicamente, habrá que preguntarse qué fue lo que se decidió. La tesis de las fuentes pretende dar respuesta a eso: lo que se decidió es aquello que está expresado en tales y cuales medios específicos (la ley, la costumbre, etc.). Con ello lo que hace Raz es señalar que la ley es el producto de una convención y que los desacuerdos sobre esta pueden ser solucionados por medio de los procedimientos acordes con esa convención.

De esto, se puede deducir que en realidad existe una doble convención. Una, que podríamos llamar ontológica y que determina qué es el derecho, y que se expresa respondiendo a la pregunta sobre qué se resolvió en el estadio deliberativo y otra, referida a cómo sabemos lo que se resolvió en el estadio deliberativo y es la convención positivista de la tesis de las fuentes. Sin plantearnos el problema de la convención “ontológica” (ya lo hemos hecho en el último capítulo) podemos volver sobre el tema que nos planteaba Rorty sobre los discursos normales y los discursos anormales. Si la tesis de las fuentes es tal, ¿qué hacen los jueces y abogados cuando recurren a estándares morales? Si nos atenemos a la tesis rígida de Raz, la respuesta es clara: hacen algo anormal. La verdad es que nos enfrentamos a una paradoja: para mantener la tesis convencional “ontológica” sobre el derecho, debemos abandonar la tesis convencional metodológica de las fuentes. Solo el reconocimiento de la fuerza hermenéutica de los argumentos jurídicos permite mantener la pretensión de que el derecho es lo que pensamos que es. De mantener el positivismo excluyente habremos de caer en la extraña conclusión de que el derecho es algo distinto a lo que las prácticas revelan que es¹⁹². Es decir que para mantener una determinada convención metodológica sobre el derecho (lo que el positivismo determina como método de identidad) habremos de

abandonar la tesis (de evidente sentido común) de que el derecho es convencional.

Creemos que la distinción entre el estadio deliberativo y ejecutivo efectivamente tiene gran importancia práctica en una enorme variedad de dominios jurídicos. Probablemente gran parte del derecho privado depende de la mantención de esa distinción que no es otra cosa que una versión descriptiva y general de las normas sobre derechos adquiridos. Si el sistema jurídico establece determinados requisitos para poder realizar determinados actos jurídicos, no tiene sentido entrar a calificar deliberativamente las normas facultativas que sirvieron de fundamento procedimental. Cualquier cuestión que se plantee deberá plantearse como una cuestión ejecutiva ¿Qué requisitos establecía la ley para que el contrato tuviera efecto? En este caso ¿Se cumplieron dichos requisitos? Etc.

Pero eso no impide hacer dos adaptaciones a la distinción de Raz: a) el estadio deliberativo y ejecutivo no distingue, como presupone Raz al derecho y a la política o la moral en bloque. El sistema jurídico es un complejo de aspectos ejecutivos y deliberativos, sin perjuicio de que estadísticamente sea más importante el aspecto ejecutivo, b) es posible entender algunas partes deliberativas del derecho como fisuras del discurso normal. Este es el gran punto de Dworkin. Lo que sucede es que en algunas circunstancias cuando el discurso normal cede a la perplejidad, para el positivismo el derecho termina ahí, pues de ahí en adelante todo lo demás es discreción. Pero el derecho no termina ahí, el derecho se vuelve, en términos de Rorty anormal, es decir deliberativo, hermenéutico. La explicación de esa prolongación del derecho es doble: por una parte está el problema político de las responsabilidades judiciales y más general aun, de la función política del derecho. Por otra parte esta el problema de que en las zonas más oscuras, la epistemología positivista no sirve, no porque no haya nada que valga la pena descubrir, sino porque para hacerlo, para descubrir lo que dicta el derecho (y eso, recordémoslo, significa lo que determina la convención) hay que hacer un ejercicio hermenéutico.

¹⁹² Raz pretende que aunque la comunidad de jueces y abogados recurren a estándares morales (principios) porque se consideran jurídicamente habilitados para ello, en realidad no lo están. De lo que se sigue que no es la convención acerca de lo que es derecho lo que define el derecho, sino que otra cosa: la opinión de los positivistas.

BIBLIOGRAFÍA:

1. Arendt, Hannah: *La condición humana*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1993
2. Austin, John L.: *Palabras y acciones, como hacer cosas con palabras*, Buenos Aires, Paidós, 1971
3. Barros, Enrique: "Método científico y principios jurídicos del gobierno constitucional", Santiago, *Estudios Públicos*, 2, marzo 1981
4. Barros, Enrique: *Reglas y principios en el derecho*, publicado en los materiales de estudio del curso de derecho civil 1, Universidad de Chile 1995
5. Bascuñan R, Antonio: "Observaciones sobre la ciencia del derecho", *Revista de derecho y humanidades*, Universidad de Chile, 6 año 1998
6. Bayón, Juan Carlos: *Derecho, convencionalismo y controversia*, en www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto451.htm-101k-
7. Coleman, Jules y Simchen, Ori: "Law", en *Legal theory*, número 9, Cambridge University Press, 2003
8. *Diccionario de la Real Academia de la lengua Española*, Madrid, vigésima edición 1984
9. Dworkin, Ronald: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 1984
10. Dworkin, Ronald: *El imperio de la justicia*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1988
11. Habermas, Jürgen: *Conciencia moral y acción comunicativa* Barcelona, Ediciones península, 1996

12. Habermas, Jürgen: *Teoría y praxis*, Madrid, Editorial Tecnos, tercera edición, 1997
13. Habermas, Jürgen: *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Buenos Aires, Paidós, primera edición 1991, reimpresión 1998
14. Hare, Richard: *The language of moral*, Oxford, The Clarendon Press, 1952
15. Hart, H.L.A.: *El concepto del derecho*, segunda edición, Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1977
16. Hart, H.L.A.: "Postscriptum", *Revista de Estudios Públicos*, Santiago, número 65, verano 1997
17. Hobbes, Thomas: *Diálogo entre un filósofo y un jurista*, Madrid, Editorial Tecnos, 1992
18. Hobbes, Thomas: *El Leviatán*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982
19. Hohfeld, Wesley N: *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, Centro Editor de América Latina, 1968
20. Hume, David: *Tratado de la naturaleza humana*, Madrid, Editorial Nacional, 1977
21. Iglesias Vila, Marisa: "Una crítica al positivismo hartiano: el problema del seguimiento de reglas", en *Análisi e Diritto*, 1998, en: http://www.giuri.unige.it/intro/dipsit/digita/filo/testi/analisi_1998/iglesias1.pdf
22. Kelsen, Hans: *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1969
23. Kuhn, Thomas: *La estructura de las revoluciones científicas*, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 2000
24. MacCormick, Neil: "Reglas sociales", *Revista de Ciencias Sociales*, Facultad de Ciencias Jurídicas Económicas y Sociales; Valparaíso N° 28, Primer Semestre 1986
25. MacPherson, C. B: *The political theory of possessive individualism*, Londres, Oxford University Press, 1962
26. Malinowski, Bronislaw: *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, México, Editorial Ariel.
27. Manson Terrazas, Manuel: "Hart, la filosofía analítica, el derecho y la lógica formal", *Revista de Ciencias Sociales*, Facultad de Ciencias Jurídicas Económicas y Sociales; Valparaíso N° 28 Primer Semestre 1986
28. Nino, Carlos Santiago: "El concepto del derecho de Hart", *Revista de Ciencias Sociales*, Facultad de Ciencias Jurídicas Económicas y Sociales; Valparaíso N° 28 Primer Semestre 1986
29. Orrego, Cristóbal: "Hermenéutica y no cognitivismo ético en H.L.A. Hart y en Joseph Raz", *Seminarios de filosofía*, N° 11, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998
30. Popper, Kart R.: *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Editorial Tecnos, 1962
31. Rawls, John: *La teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, segunda edición, 1995
32. Raz, Joseph: *El concepto de sistema jurídico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986

-
33. Raz, Joseph: "H.L.A. Hart", *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Valparaíso, N°28, primer semestre 1986
 34. Raz, Joseph: "La intención en la interpretación", *Doxa*, número 20, 1997
 35. Rorty, Richard: *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1989
 36. Rorty, Richard: *El giro lingüístico*, Barcelona, Paidós, 1990
 37. Ruiz Tagle, Pablo: *Revisión crítica del derecho*, Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, 1990
 38. Searle, John: *La misión de la universidad: ¿Descubrimiento intelectual o transformación social?*, en <http://universum.otalca.cl/contenido/index00/searle.pdf>
 39. Searle, John: *Actos de habla*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1990
 40. Verdugo, Carlos: "La pregunta por el concepto", *Revista de Ciencias Sociales*, Facultad de Ciencias Jurídicas Económicas y Sociales; Valparaíso, Primer Semestre 1986
 41. Wittgenstein, Ludwig: *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, Editorial Crítica, segunda edición 2002

Varios Autores:

42. Respuesta de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia al informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación:
www.cepchile.cl/rev42_documento.pdf
43. Redondo / Navarro: *Normas y razonamiento practico. Una Crítica a Joseph Raz.*
www.spencer.adv.br/universidades/redondo-navarro