

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. FRONTERAS INCIERTAS

La teoría jurídica se encuentra en un estado que causa perplejidad. En efecto, los límites tradicionales entre puntos de vista rivales se han desdibujado hasta tal punto que es dable preguntarse cuáles son las cuestiones en juego y si acaso los protagonistas no pasan la mayor parte del tiempo discutiendo infructuosamente, como si hablasen idiomas diferentes. Por un lado, nos encontramos con que algunos positivistas jurídicos aparentemente acérrimos, como Joseph RAZ y Neil MACCORMICK, proclaman que es perfectamente consistente con el positivismo la idea de que el derecho, como importante institución social, tiene necesariamente algún valor moral. De acuerdo con MACCORMICK, «los sistemas jurídicos como tales tienen un cierto valor moral en virtud del carácter formal (y en sí mismo amoral) que las teorías positivistas le adjudican; pero esto es sólo un elemento no concluyente y fácilmente soslayable del valor moral»¹. ¿Cómo puede reconciliarse esta posición con el famoso grito de batalla de John AUSTIN, representante paradigmático del positivismo jurídico, según el cual la existencia del derecho es una cosa, y su valor o disvalor moral, otra muy distinta? ¿No hay aquí una contradicción?

Por el otro lado, encontramos que John FINNIS, cuya teoría del derecho natural contemporánea parece asemejarse en grado superlativo a las teorías iusnaturalistas tradicionales de AQUINO y AGUSTÍN, sugiere que

¹ MACCORMICK, 1985: 27.

nunca fue una preocupación central del iusnaturalismo negar la validez jurídica de una ley estatal injusta. Cabe preguntarse, entonces, qué es aquello que caracteriza a la tradición del derecho natural y cómo debe interpretarse el famoso aserto de AGUSTÍN, concebido como definitorio de este enfoque, de que «el derecho injusto no parece derecho en absoluto». ¿No hay aquí también una contradicción?

Quien se acercara a la filosofía del derecho por primera vez no podría evitar sentirse terriblemente confundido ante este panorama. Aquellos más familiarizados con los caminos seguidos en general por la teoría del derecho a lo largo de estos últimos años se verían forzados a admitir, al menos en una pequeñísima medida, cierto grado de perplejidad y preocupación. Si el positivismo no es el punto de vista según el cual el derecho no posee necesariamente valor moral, y los sistemas jurídicos perversos, absolutamente desprovistos de todo valor moral que pueda redimirlos, son conceptualmente posibles, entonces, ¿qué es el positivismo jurídico? Si la teoría iusnaturalista no es el punto de vista para el cual hay un «derecho superior» que define una pauta fundamental y objetiva de justicia a la que el derecho humano sólo puede violar al costo de que se le niegue el estatus de derecho válido, entonces, ¿qué es lo que los iusnaturalistas han estado tratando de decirnos?

Uno de los objetivos de este libro es ayudar a despejar, al menos parcialmente, el caos en que la teoría general del derecho parece haberse sumido recientemente. Mi interés se centrará principalmente en el positivismo jurídico, alguna vez denominado «la teoría del derecho imperante» por su principal crítico contemporáneo, Ronald DWORKIN. Aunque quizás siga siendo la teoría imperante, al menos en el sentido de que la mayoría de los juristas manifiestan lealtad (¿acrítica?) a alguna forma de la teoría, la supervivencia del positivismo se halla actualmente en cuestión, y se ha sugerido incluso que la teoría se ha «autodestruido»². Es mi intención mostrar que el positivismo está vivo y goza de buena salud, y se encuentra en plena forma para mantener a raya a sus principales adversarios, entre los que se destaca Ronald DWORKIN, cuya teoría «iusnaturalista» no representa para el positivismo una amenaza mayor que la de sus predecesores, *e. g.*, la teoría iusnaturalista procedimental de Lon FULLER. Se considerarán otros críticos aparte de DWORKIN cuando así lo merezcan las circunstancias, pero el centro de atención será DWORKIN, cuya poderosa crítica al positivismo, en particular a la elegante formulación de éste que se encuentra en *The Concept of Law* de H. L. A. HART, revela varias maneras en que el «modelo de reglas» de HART debe ser modificado, o al menos ampliado y clarificado. El truco será efectuar las alteraciones requeridas

² Véase GOLDSWORTHY, 1990.

sin abandonar el impulso esencial de la teoría de HART. Esto es lo que espero lograr.

La versión del positivismo desarrollada y defendida en este libro será llamada «positivismo jurídico incluyente». Una característica distintiva del positivismo incluyente es sostener que las pautas de moral política, es decir, la moral que se utiliza para evaluar, justificar y criticar a las instituciones sociales y sus actividades y productos —por ejemplo, las leyes— pueden jugar un papel, y de hecho lo hacen de diversos modos, en la empresa de determinar la existencia, contenido y significado de las leyes válidas³. La moral política, en esta teoría, se halla incluida dentro de los fundamentos posibles para establecer la existencia y el contenido de las leyes positivas válidas, es decir, de las leyes sancionadas o creadas por seres humanos por medio de legislaturas, tribunales o la práctica consuetudinaria. Al proponer tal rol central para la moral política en las determinaciones del derecho⁴, el positivismo incluyente corre el riesgo de confundirse con una versión de la teoría iusnaturalista, convirtiéndose así en una contribución más al caos en que la teoría del derecho parece hallarse sumida. También espero poder mostrar cómo esta confusión puede evitarse sin renunciar a las tesis centrales de positivistas tales como BENTHAM, AUSTIN y HART, todos los cuales, como sostendré, se adhieren al positivismo incluyente.

Otro de mis objetivos es demostrar que no es necesario seguir a Joseph RAZ, quien se opone con vehemencia a la característica distintiva del positivismo incluyente (que la moral puede estar presente en las determinaciones del derecho) para proveer una alternativa viable a la teoría del derecho natural que permanezca fiel a las tesis de AUSTIN y BENTHAM. El «positivismo jurídico excluyente» de RAZ, que excluye a la moral de los fundamentos lógicos o conceptualmente posibles para la determinación de la existencia o el contenido del derecho válido, no es ni la única ni la más viable versión del positivismo. Se consagrará, entonces, un gran esfuerzo a defender al positivismo incluyente de las críticas de RAZ. En resumen, pues, este libro está diseñado para mostrar que hay una teoría positivista

³ No deseo verme envuelto en ningún conflicto que pueda existir con respecto a la naturaleza y objetividad de las pautas morales, ni en ninguna controversia con respecto a si existe una distinción importante y viable entre moral política y moral personal, donde la última constituiría la pauta de moral apropiada para juzgar la conducta individual privada. Supondré meramente que la gente apela a pautas como los principios de igualdad, libertad, equidad y justicia al evaluar las instituciones sociales y sus productos; que estas actividades no son completamente absurdas como algunos nihilistas morales radicales podrían argüir, sino que están abiertas al menos a cierto grado de razonamiento y evaluación racional; y que son esta clase de pautas las que tenemos en mente cuando nos preguntamos acerca del posible rol de la moral política en la determinación de la existencia y contenido de las leyes válidas.

⁴ De aquí en adelante entenderemos por «determinaciones del derecho», los intentos de determinar la existencia, contenido o significado de las leyes positivas válidas.

que yace a mitad de camino entre el positivismo excluyente de RAZ y la teoría del derecho (natural) como integridad de DWORKIN (a la que se designará de aquí en adelante como «teoría de la integridad»). Encontrar esta región intermedia no será fácil, pero asumo la tarea con la misma esperanza que expresara una vez John Stuart MILL en *On Liberty*. Como MILL observó, «las doctrinas en conflicto, en lugar de ser una verdadera y la otra falsa, comparten la verdad entre sí, y la disidencia es necesaria para proveer al resto de la verdad, de la cual la doctrina recibida encarna sólo una parte»⁵. Creo que en algún lugar entre los puntos de vista opuestos de RAZ y DWORKIN se encuentra el positivismo jurídico incluyente, una teoría del derecho viable e iluminadora.

Como ahora debería quedar claro, la versión del positivismo a ser explorada en este libro no es en modo alguno revolucionaria, ni siquiera muy novedosa. Representa lo que espero no sea más que un refinamiento o clarificación de la(s) posición(es) de H. L. A. HART; es una versión del positivismo que intenta abarcar las doctrinas y observaciones de RAZ y DWORKIN, pero permaneciendo fiel al mismo tiempo a la tradición positivista adoptada y desarrollada por HART. En consecuencia, usaré libremente las teorías y conceptos introducidos por HART, y sólo me ocuparé de las críticas que, a veces justificadamente, se le han formulado cuando sea necesario para los fines de este libro. Daré por supuesto, por ejemplo, que la teoría de HART de que en la base de todos los sistemas jurídicos yace una regla de reconocimiento es más o menos correcta, y que la crítica de DWORKIN a la regla de reconocimiento como regla social convencional, en realidad su crítica a la totalidad de la teoría de las reglas sociales de HART, puede ser respondida satisfactoriamente, como en verdad lo creo⁶.

No me disculpo por mi falta de novedad en este libro, ni por el reducido alcance de mi objetivo principal: defender una visión hartiana del positivismo incluyente frente a dos de sus principales oponentes, RAZ y DWORKIN. Demasiado a menudo, en filosofía, se persigue la exhaustividad y la novedad al precio de perder claridad, precisión y, en última instancia, comprensión. Dado el estado actual de la teoría general del derecho, éste es un costo que se debe evitar con todo empeño. Estaré conforme si este libro logra ayudar a clarificar al menos algunas de las cuestiones en disputa en los debates actuales acerca de la naturaleza del derecho. Estaré absolutamente encantado si logro establecer el positivismo incluyente como una teoría positivista del derecho viable.

⁵ MILL, [1859]: 56.

⁶ Para una respuesta sumamente persuasiva a la crítica de DWORKIN a la teoría de las reglas sociales de HART, véase NOVELL-SMITH, 1982.

2. LA ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN

La mayor parte de la confusión actual dentro de la teoría general del derecho proviene de diferencias de opinión concernientes a: *a)* qué es exactamente lo que se espera que uno haga al proponer una teoría del derecho, y *b)* qué es lo que nuestros oponentes hacen al articular sus teorías del derecho. He aquí un ejemplo. Pese a su pretensión en *The Concept of Law* de ofrecer un ensayo de «sociología descriptiva», HART, según DWORKIN, estaría proponiendo una teoría semántica respecto del significado de palabras como «derecho» y «sistema jurídico», o proposiciones como «los canadienses tienen derecho legal a la igualdad». DWORKIN mismo se aparta tanto de la sociología descriptiva como de las teorías semánticas a favor de lo que llama «concepciones del derecho». Éstas son explicaciones normativas inherentemente controvertibles del «significado» de (nuestras) prácticas jurídicas, explicaciones que no son ni de naturaleza lingüística ni puramente descriptivas⁷. Son normativas por completo, intentos de colocar la práctica jurídica de la comunidad del autor en su mejor luz moral, de hacer de ella «lo mejor que pueda ser».

Así, dos de los más importantes filósofos jurídicos de nuestro tiempo parecen estar en radical desacuerdo respecto de qué han de hacer al proponer una teoría del derecho. También parece ser que uno de los contrincantes (DWORKIN) está equivocado acerca de, o simplemente ignora, lo que el otro está haciendo. ¿Resulta, entonces, asombroso encontrar cierto grado deoplejidad al intentar abordar el «debate HART-DWORKIN»?

Pero las cosas son aún peores. En sus escritos de teoría general del derecho, la principal preocupación de HART siempre ha sido proveer una descripción filosóficamente iluminadora de una importante institución social, el derecho, que se encuentra recurrentemente en diferentes sociedades y períodos, «exhibiendo muchas características comunes en cuanto a su forma, estructura y contenido»⁸. Al hacer esto, HART dice que su objetivo es colocarse, no en la perspectiva de un juez que entiende en un caso, sino en «la de un observador externo». En particular, no pretende justificar la práctica jurídica de adjudicación ni la imposición coercitiva de sus resultados, ni mucho menos ningún ejemplo específico de dicha práctica tal como se da en algún sistema jurídico particular. Por el contrario, su objetivo es describir la forma, estructura y contenido comunes a todas (o al menos la mayoría de) las formas de sistemas jurídicos, y descubrir cómo

⁷ Con «nuestro derecho» aparentemente DWORKIN refiere a los sistemas jurídicos de las democracias constitucionales occidentales, aunque esto no queda del todo claro. Si no es esto lo que DWORKIN quiere decir, entonces no queda claro qué es lo que quiere decir. De aquí en adelante se supondrá que lo dicho anteriormente representa las intenciones de DWORKIN.

⁸ HART, en GAVISON, 1987: 36.

estas formas de regulación social se relacionan con cosas tales como la moral, la fuerza bruta y formas de organización social que algunos desean llamar «derecho», pero otros no, como por ejemplo el derecho internacional. La perspectiva de HART es, pues, la de un observador externo que describe y analiza una clase particular de sistema social, y los conceptos en términos de los cuales se la concibe, de un modo filosóficamente iluminador. La perspectiva de DWORKIN, por el contrario, es la de un juez que busca justificar lo que hace al declarar a alguien responsable de violar derechos y deberes jurídicos. Como dice él provocativamente, la teoría del derecho es sólo «la parte general de la adjudicación» y «no existe una línea firme que la separe de la adjudicación ni de ningún otro aspecto de la práctica jurídica»⁹. HART, entonces, parece querer proponer una teoría descriptiva, moral y políticamente neutral, acerca de la naturaleza de todos o al menos la mayoría de los sistemas jurídicos; DWORKIN, una teoría normativa, totalmente comprometida, o como él prefiere llamarla, «interpretativa» de la adjudicación o de las prácticas adjudicativas de «nuestros» sistemas jurídicos. Uno empieza entonces a preguntarse si existe en realidad algún punto de comparación útil entre HART y DWORKIN, y si en realidad ellos no han estado discutiendo en idiomas distintos.

El objeto de los párrafos precedentes no ha sido mostrar la futilidad de los intentos de evaluar las disputas entre HART y DWORKIN. Más bien el objetivo ha sido mostrar que se ha de ser sumamente cuidadoso al distinguir diferentes clases de teorías jurídicas, advirtiendo que las aparentes diferencias de opinión en la teoría general del derecho habitualmente se remontan a diferencias en los puntos de partida y objetivos, con sus consecuentes diferencias metodológicas. En los capítulos II y III intentaré demostrar la utilidad de distinguir cuidadosamente entre lo que llamo teorías del derecho, teorías de la adjudicación y teorías de la obediencia. Sostendré que DWORKIN reduce estas tres a una, y que esto lo conduce a consecuencias altamente contraintuitivas. También seguiré la dirección señalada por HART al argüir que dar cuenta del derecho y los sistemas jurídicos de un modo descriptivo-explicativo es posible y a la vez valioso, al contrario de las sugerencias opuestas de DWORKIN. Exploraré cómo las valoraciones ingresan en los análisis descriptivos de maneras tales que no los transforman en concepciones interpretativas dworkinianas.

Sentadas las bases de mi trabajo, procederé en los capítulos IV a VII a una defensa del positivismo incluyente como teoría general del derecho y de los sistemas jurídicos. Esta teoría será cuidadosamente distinguida de sus principales competidoras y se destacará su atractivo intuitivo. Se pondrá especial empeño en tratar de demostrar los aspectos en los que el

⁹ DWORKIN, 1986: 90.

positivismo incluyente parece dar mejor cuenta que la versión excluyente de RAZ de ciertas características sobresalientes de la práctica jurídica. Serán de particular interés los aspectos en que el positivismo incluyente ofrece una mejor explicación de la interpretación y aplicación de documentos constitucionales como la Carta de Derechos y Libertades [*Charter of Rights and Freedoms*] de Canadá y la Carta de Derechos [*Bill of Rights*] estadounidense. Al permitir que la moral política figure en la determinación de lo que tales documentos significan y el impacto de sus diversas provisiones sobre la validez de las normas inferiores, por ejemplo, las leyes, el positivismo incluyente da una mejor explicación de estas prácticas jurídicas comunes. En este aspecto, argumentaré, el positivismo incluyente es decididamente superior al positivismo excluyente, que a menudo da cuenta de estas prácticas de manera forzada y contraintuitiva.

Si, de acuerdo con el positivismo incluyente, la moral política puede de hecho figurar en la determinación de la existencia y contenido del derecho válido, entonces surge naturalmente la pregunta: ¿en qué difiere de la teoría de la integridad de DWORKIN, o de las teorías iusnaturalistas de AQUINO y de AGUSTÍN? ¿Cuán lejos se puede llegar en la admisión de un rol determinante para la moral, si se mantiene al mismo tiempo la pretensión de estar proponiendo una versión del positivismo jurídico? Una manera de explorar estas cuestiones es examinar en qué medida el positivismo incluyente es compatible con las ideas de DWORKIN respecto de la naturaleza de nuestros sistemas jurídicos, al menos en la medida en que éstas sean acertadas. A tal fin, exploraré en qué medida la identificación del derecho por medio de la clase de razonamiento jurídico «herculeano» que DWORKIN esquematiza en *Taking Rights Seriously* y *Law's Empire* es consistente con el positivismo incluyente. Como se descubrirá, hay mucho en la descripción dworkiniana de la adjudicación que es perfectamente compatible con esta versión particular del positivismo, y hasta este punto DWORKIN no aporta ningún argumento convincente para rechazarla como teoría general del derecho.

Si los razonamientos de los capítulos IV a VII son correctos, entonces lo que tendremos es una teoría positivista según la cual es posible para la moral política tener un papel en la determinación de la existencia y contenido de las leyes válidas. Una cuestión distinta, pero no menos importante, que surge naturalmente, es si la moral debería cumplir este papel. ¿Debería la práctica jurídica buscar cumplir este papel que el positivismo incluyente considera posible? ¿O deberían nuestras prácticas ser tales que, como cuestión de hecho social contingente, la existencia del derecho realmente sea una cosa y su valor o disvalor otra totalmente distinta? ¿Debería depender la validez jurídica, tal como es determinada por nuestras reglas de reconocimiento, de la conformidad con ciertas pautas de moral polí-

tica? Por otro lado, ¿debería acaso pensarse que el contenido, *i. e.*, el significado mismo de las leyes válidas, depende, en parte al menos, de factores de moral política? Es esta última cuestión la que me ocupará en el capítulo VIII, donde argumentaré que debería permitirse a las pautas de moralidad y racionalidad funcionar como parcialmente determinantes del significado mismo de las leyes válidas. Sostendré que los enfoques «teleológico» y «liberal» de la interpretación jurídica son generalmente preferibles a los enfoques que restringen a los jueces a descubrir, en la medida de lo posible, significados «directos» y «neutros». Se planteará, además, que la doctrina de HART del núcleo y la penumbra es sensible a la posibilidad y deseabilidad de dichos enfoques teleológicos de la interpretación jurídica.