

ARTÍCULOS

SOBRE MORAL Y DERECHO

APUNTES PARA LA HISTORIA DE UNA CONTROVERSI A.*

Fernando Salmerón **
A Ernesto Garzón Valdés

Antes que otra cosa, quiero agradecer la invitación para hablar en esta reunión del *IV Seminario Eduardo García Máynez*, pero mis primeras palabras tienen que recordar que hace apenas un año -se cumplió el pasado día 2 de septiembre-, falleció Don Eduardo. Su nombre y su obra están unidos a este seminario, como una parte de su vida forma también parte de la vida de al menos dos de las instituciones académicas que lo patrocinan: de la UNAM, en cuyo seno fundó un centro de investigaciones y dos publicaciones filosóficas periódicas de larga trayectoria, y del ITAM, del que fue su primer rector.

Durante muchos años -los últimos de su vida activa-, tuve con García Máynez una relación que, sin dejar de ser de discípulo a maestro, fue también una relación de amistad. Gracias a ella, pude ver de cerca no sólo el surgimiento de los planes de sus últimas empresas intelectuales, sino la puesta en marcha y la realización de todos ellos. En estas palabras iniciales quisiera dejar sentado que ese recuerdo ha sido la razón decisiva, para que yo aceptara venir a esta reunión a hablar ante ustedes acerca de las relaciones entre moral y derecho -nunca la pretensión personal de aportar novedad alguna a la discusión contemporánea. Lo que me propongo es nada más que la presentación de una de las aristas del problema, no la indicación de todas sus facetas, ni el examen de los argumentos principales de la disputa contemporánea -menos todavía el señalamiento de sus planteamientos históricos. No obstante, cualquier propuesta por modesta que sea, puede constituir un desafío si se pretende cumplir con precisión y claridad: esas virtudes insuficientes, pero indispensables en estas materias.

Presentar una arista del problema -la línea de intersección entre moral y derecho-, va a consistir solamente en un ejercicio de confrontación de algunos puntos pertinentes de dos diferentes concepciones del derecho -

* Conferencia dictada el 6 de octubre de 1994 en el marco del IV Seminario Eduardo García Máynez sobre Teoría y Filosofía del Derecho organizado por el ITAM la Escuela Libre de Derecho la Universidad Iberoamericana y la UNAM, a esta conferencia se añadieron, en fecha posterior, muchas páginas nuevas y algunas correcciones menores.

** Universidad Nacional Autónoma de México

no de las concepciones mismas en su totalidad. Aunque al final de la plática habrá que aludir a la línea de pensamiento que gobierna cada una de esas dos concepciones, no me propongo traer aquí a esas doctrinas en su versión plenamente desarrollada, ni ofrecer el resumen de obras fundamentales, sino apenas poner en contacto los argumentos contenidos en dos o tres textos muy breves, algunos de los cuales ni siquiera son publicaciones recientes. Si bien, por otra parte, las considero textos ejemplares, justo porque permiten situar en sus orígenes una materia de discusión cuya dificultad no ha podido siquiera ser insinuada, y cuyas consecuencias son notables como modelo de controversia filosófica para la definición del derecho -por tanto, también para caracterizar sus relaciones con la moral.

Una última advertencia: podría parecer insuficiente decir que no se trata propiamente de *separación* entre moral y derecho, porque una separación puede no dejar lugar para relaciones. Sino que se intenta tan sólo la distinción de dos conceptos, sobre la base de que ninguno de los dos puede ser reducido al otro. Pero una distinción que, por sí misma, no debiera ofrecer demasiadas reservas porque su mero planteamiento no adelanta, de manera necesaria, nada todavía sobre la forma ni sobre la intensidad de las relaciones. Sin embargo, el curso de esta plática bien podría mostrar justamente lo contrario, que de la definición de las relaciones depende el contenido mismo de los conceptos y viceversa. Es en el interior de cada teoría que la diversidad de planos conceptuales abre el paso o impide la posibilidad de ciertas relaciones específicas.

2.- En busca de textos que, por sus dimensiones, hagan más asequible la brevedad de mi exposición, tomaré como punto de partida un conocido escrito de H. L. A. Hart, titulado: “El positivismo y la separación entre el derecho y la moral”, del que existe una magnífica traducción española de Genaro Carrió. Publicado por primera vez en febrero de 1958 en la *Harvard Law Review*, es el resultado de una conferencia dictada el año anterior en la Escuela de Derecho de Harvard, durante el tiempo que Hart pasó en esa universidad como profesor visitante.¹ La versión original del ensayo es, por tanto, anterior en tres o cuatro años a la primera edición del libro sistemático del autor: *The Concept of Law*, de 1961.

Casi veinte años después de la publicación en Harvard, el artículo de Hart fue reproducido, aunque no completo, por Ronald Dworkin, a la cabeza de un volumen dedicado a la filosofía del derecho en la serie Oxford Readings in Philosophy, en 1977.² Su tema es precisamente el punto de intersección entre el derecho y la moral, a partir de algunas consideraciones

¹ «Positivism and the separation of Law and Morals», *Harvard Law Review*, Vol. 71, Number 4, February 1958, pp. 593-629.

² *The Philosophy of Law*. Edited by R. M. Dworkin. Oxford University Press. Oxford 1977. Reprinted, 1979.

históricas que ya no se reimprimen en la antología, pero cuyo sentido quiero destacar aquí de manera muy breve.

Lo que Hart se propone en esta primera parte del ensayo -suprimida en la edición de Dworkin-, es advertir al lector de la medida en que las dos figuras estudiadas, Bentham y Austin, e incluso sus epígonos, insistieron en aquella distinción conceptual entre moral y derecho, sin dejar de trabajar con intensidad y pasión por una sociedad mejor y por mejores leyes. Por eso no se sintieron inclinados a negar el hecho histórico de la poderosa influencia que las opiniones morales han tenido sobre el desarrollo de los sistemas jurídicos; como tampoco negaron otro hecho de dirección inversa: que los patrones morales han sido profundamente influidos por el derecho a lo largo de la historia. Vieron también, finalmente, la dificultad del estudio de esa compleja red de interacciones causales, y a esa complejidad atribuyeron la confusión generalizada entre el derecho que es y el derecho que debe ser.

Hart insiste además, en que aquellos viejos positivistas nunca negaron la coincidencia frecuente entre los dos órdenes normativos, antes al contrario, señalaron cómo las prescripciones jurídicas a menudo expresan principios morales; y cómo los propios tribunales pueden hallarse jurídicamente obligados a decidir de acuerdo a lo que consideran mejor y más justo desde el punto de vista moral. Hasta el extremo de que, comenta Hart, no habrían negado que los principios morales pudieran formar parte del contenido de las limitaciones constitucionales de un supremo poder legislativo. Pero si en este punto hubiera podido haber diferencias entre ellos, no las había sin embargo en torno a otro: lo mismo Bentham que Austin, estuvieron siempre preocupados frente a los peligros de la confusión entre el derecho de un Estado como algo que efectivamente existe en la realidad de la vida social, y los ideales de los hombres sobre lo que debe ser el derecho, cuyo rango conceptual es de una distinta naturaleza.³

La crítica expresa de Bentham al dicho de Blackstone de que las leyes humanas eran inválidas si contradecían a las leyes divinas, apunta con precisión a lo que el filósofo utilitarista considera los peligros de la falta de claridad en las distinciones: en primer lugar, la visión anarquista extrema, que se siente autorizada no sólo a censurar el derecho que no responde a su ideal -lo cual es correcto-, sino simplemente a desobedecerlo. Pero por otra parte, el doble riesgo de la visión conservadora que, al disolver la autoridad del derecho de un Estado en las concepciones morales de los hombres, lo deja a salvo de la crítica y robustece el espíritu de prejuicio. Mientras que, por otro lado, abre la posibilidad de reemplazar a la moral como norma de vida -en el sentido de criterio último de conducta, reduciendo de esta manera espacios de libertad de los individuos, para

³ «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review*, p. 600.

pasarlos a cargo del derecho. En los dos casos, la consecuencia pudiera ser además, la creación de un ámbito protector de todo derecho, ante las críticas provenientes de la perspectiva moral.⁴

3.- Después de los antecedentes históricos que acabo de resumir, y de la intención que me parece descubrir en Hart para traerlos al primer plano de la reflexión, comienza la segunda parte del ensayo -que salvo un par de líneas suprimidas, viene a ser la primera de la antología de Dworkin. En este apartado, Hart establece su distancia respecto de los viejos positivistas, registra fallas en su terminología y advierte que la preocupación de aquellos por las leyes particulares les impidió llegar a una pregunta capital: la que plantea un sistema entero de normas de derecho, cuando carece de un mínimo de moralidad. Pero sobre todo, deslinda la tesis de la separación entre derecho y moral, de otras doctrinas de los utilitaristas que no tienen que confundirse con ella: en primer lugar, -una que Hart comparte-, la que sostiene, con probada prudencia, que el estudio puramente analítico de los conceptos jurídicos es tan fundamental para la comprensión del derecho, como el estudio sociológico o histórico. En segundo lugar -otra que no comparte-, la llamada teoría imperativa del derecho: una interpretación simplificadora que ha mostrado claramente su insuficiencia, porque el análisis del derecho reducido a esos términos omite otros elementos característicos, y deja fuera muchas disposiciones jurídicas de naturaleza diferente a los imperativos.

Un deslinde indispensable, porque el rechazo de esta doctrina no puede justificar la idea de que las reglas jurídicas que no tienen carácter imperativo -por ejemplo aquellas que confieren derechos-, sean por esta sola circunstancia reglas morales o tengan necesariamente que coincidir con reglas morales. Le parece a Hart, que la aceptación social de una regla tiene que ser objeto, en cada caso, de un análisis sociológico para explicar esa aceptación, pero esto no prueba por adelantado que esté moralmente justificada. Tampoco prueba, por tanto, que los viejos utilitaristas no puedan tener razón al distinguir entre la existencia del derecho y su mérito moral.⁵

Hay otra crítica en contra de la separación entre derecho y moral, que detiene más la atención de Hart: a ella dedica el apartado III del ensayo - que viene a ser el II en la antología de Dworkin. Es la surgida del estudio detenido del proceso judicial, tal como ocurre efectivamente en los tribunales, que se opone a la versión tradicional que interpreta el proceso como si fuera una operación totalmente lógica. Se trata, según Hart, de una crítica típicamente norteamericana, iniciada por los filósofos llamados “realistas” de la década de los años treinta, que erigieron el modelo de las

⁴ *Op. cit.* p. 598.

⁵ *Op. cit.* p. 606.

ciencias naturales como el más adecuado para el análisis de la conducta guiada por reglas.

En el campo del derecho, el intento del realismo fue decisivo para hacer ver que, si se dejan a un lado los ejemplos específicos que ilustran las palabras más generales del lenguaje, queda una zona de penumbra de casos discutibles en que no resulta tan obvio el núcleo de significado de cada término. Y si las reglas del derecho quedan rodeadas por esa penumbra de incertidumbre, resultará que su aplicación a casos concretos no puede ser materia de mera deducción. Por tanto, la racionalidad de las controversias y las decisiones jurídicas tiene que explicarse por algo más que la sola relación lógica de las premisas. Punto en el que, señala Hart, puede resultar fácil el paso a la afirmación de que el criterio que se requiere es un juicio moral acerca de lo que debe ser el derecho.

Por supuesto, no deja de ser una exageración infundada suponer que los viejos positivistas desconocieron la naturaleza de la decisión judicial, Hart recuerda a Austin y muestra, con citas pertinentes, que nunca pensó que el derecho fuera un sistema lógicamente cerrado, del que los jueces deducen sus resoluciones a partir de premisas. Por el contrario, conocía muy bien la naturaleza abierta del lenguaje y los problemas derivados de la vaguedad de los términos. De manera que consideraba incluso que, en las situaciones de penumbra, los jueces no pueden siempre apoyarse en analogías, sino que tienen que adaptar sus decisiones a las necesidades sociales y pueden verse llevados a crear nuevo derecho o, para decirlo en palabras de Austin, a legislar. El desconocimiento de estas características de la tarea de los tribunales no proviene por tanto, de los viejos positivistas sino, en todo caso, de una visión formalista y equivocada de la tarea judicial como una empresa mecánica y poco inteligente. Pero justo por esto es preciso reformular la cuestión de los criterios a que los jueces deben acudir, si sus decisiones han de ser racionales, antes de dar el paso simplificador que viene a confundir esos criterios como una parte del derecho. De igual manera, habrá que procurar que el rechazo del formalismo no lleve a confundir los casos típicos de aplicación del derecho, con los casos difíciles de las situaciones de penumbra.

Las decisiones judiciales inteligentes, señala Hart con toda claridad, por alejadas que estén del llamado estilo formalista de juzgar, y aunque acudan a alguna concepción de lo que el juez *debe hacer* en un momento dado, no aseguran por esa sola circunstancia la unión de derecho y moral. La expresión acerca de lo que debe hacer el juez remite a la presencia de algún patrón para la crítica -criterios de conveniencia social y propósitos, políticos-, pero no todos los patrones son morales. El contraste entre la decisión mecánica y la decisión inteligente de los jueces, puede ser reproducido dentro de un sistema subordinado a los fines más perversos: bajo un régimen de dictadura, por ejemplo, las decisiones judiciales pueden

estar orientadas a preservar con efectividad la tiranía del Estado. El ejemplo puede discutirse desde muchos ángulos, pero es suficiente para mostrar que no basta invocar los errores del formalismo para demostrar la falsedad de la tesis que distingue entre el derecho que socialmente es, y el derecho que moralmente debiera ser.⁶

En este lugar, el ensayo de Hart alcanza un punto culminante que toca a las raíces mismas de lo que podemos llamar un sistema jurídico. No parecería sensato -puesto que no han surgido razones para hacerlo-, abandonar la distinción de los viejos positivistas. Y sin embargo, la pretensión de quienes la rechazan tampoco ha sido teoréticamente refutada. Ante esta situación quedaría espacio para atender una invitación a revisar nuestra concepción acerca de lo que es una regla de derecho, de tal manera que pudiéramos incluir en ella las finalidades sociales y los criterios de conveniencia política, que parecieran con títulos suficientes para decidir situaciones de penumbra. Para posteriormente argumentar que, puesto que prestan ese servicio pueden ser llamados derecho, en el mismo sentido que las reglas jurídicas de significado bien establecido.

Pero Hart registra todavía dos razones para rechazar la invitación: *la primera*, porque no hay inconveniente en considerar sin misterio alguno las características de un proceso judicial, y aceptar la decisión racional de los casos de penumbra, teniendo a la vista finalidades sociales. *La segunda*, porque nada impide subrayar que el núcleo fijo de significado establecido es derecho en algún sentido centralmente importante y que, si hay fronteras es preciso atenderlas. Pero siempre será más claro considerar que, si hay líneas de frontera, primero tiene que haber líneas. En cambio, atenuar distinciones equivale a aceptar que todas las cuestiones jurídicas son semejantes a las que acontecen en las zonas de penumbra.⁷

4.- De los tres apartados finales del ensayo de Hart, Dworkin reproduce solamente el IV y el V, que llevan los números III y IV en la Antología. En rigor, el IV no añade nada fundamental a la argumentación, aunque ilustre una situación real de aplicación del derecho con un caso concreto de la vida de la Alemania nazi. La ilustración viene a cuento porque Hart revisa la crítica de Gustav Radbruch a la tesis de la separación entre moral y derecho, pero la considera como el testimonio de una experiencia terrible, que se presenta como una exhortación apasionada, no sustentada en un razonamiento analítico.

Con estilo ejemplar, puntual y sosegado, muestra Hart que el caso de Radbruch -quien antes de la guerra compartía la convicción de los positivistas acerca del deber moral de resistir y retirar obediencia a las leyes inicuas-, tiene que ser leído dentro de la tradición jurídica alemana,

⁶ *Op. cit.* pp. 613-614.

⁷ *Op. cit.* p. 614.

que concede al derecho una fuerza propia, por encima de los requerimientos mínimos de la moral. El llamado de Hart vuelve a las fuentes del liberalismo para restar importancia al hecho social desnudo de las reglas jurídicas y levantar, en cambio, el lugar de la conciencia moral, que puede reconocer la existencia del derecho y, sin embargo, mantener abierta la cuestión acerca de si debe ser obedecido. Todavía más, al reconocer que el derecho no es la moralidad, el punto de vista liberal se fortalece, para impedir que intente suplantarla.⁸ Y a diferencia de doctrinas más discutibles y complejas, mantiene un mandato directo que todos los hombres pueden comprender: el que corresponde a la crítica moral de las instituciones.

El apartado V, el último que reproduce la Antología, no es realmente la conclusión del ensayo, pero Hart trata en él una línea de argumentación iniciada por Austin que, al registrar las características de algunas normas, apunta a la posibilidad de ampliar su aplicación al sistema jurídico considerado como un todo. Un ejercicio que permite incluso hacer valer esa ampliación al establecer conexiones entre las normas del derecho y otras concepciones generales -morales o no-, acerca de lo que debiera ser el derecho en su más amplio sentido. Lo interesante del comentario de Hart no es que reconozca el origen de esta idea en Austin, al menos en forma embrionaria, sino que ve con claridad que conduce a la aceptación de la tesis de que todos los sistemas jurídicos desarrollados contienen ciertas nociones fundamentales como necesarias, y fundadas, a su vez, en la común naturaleza del hombre. Por eso mismo, el sentido del comentario, sin desconocer la importancia de la idea, se dirige a señalar los límites hasta donde vale la pena seguirla y las razones para hacerlo así.

Comienza Hart por advertir los riesgos de las definiciones inapropiadas en relación con un concepto tan vago y polifacético como el de sistema jurídico, además de los riesgos de las discusiones estériles acerca del carácter esencial o necesario de cada elemento singular. Al mismo tiempo que reconoce que es comprensible el deseo de disolver en simples afirmaciones de hecho, la cuestión de si un sistema jurídico, para ser un sistema jurídico, tiene que adecuarse a algún patrón moral o de otro tipo.

La conexión entre el derecho, por un lado, y los patrones morales y principios de justicia, por otro, puede ser en sus señalamientos tan arbitraria o tan necesaria como la conexión que hacen algunos juristas entre derecho y sanción. Sin embargo, Hart propone avanzar en dos aspectos, apoyado en ejemplos de la fantasía, para mostrar que el sentido de la necesidad de ciertas provisiones de un sistema jurídico, debiera quedar más bien como inocente pasatiempo de filósofos que quieran decidir si tal o cual relación es una necesidad lógica -parte del significado del término

⁸ *Op. cit.* 618.

derecho-, o simplemente una necesidad fáctica o causal. No vale la pena detenerse en los ejemplos, pero precisa resaltar su intención: las características de nuestros cuerpos permiten resolver problemas de identidad para periodos prolongados de tiempo; o la vulnerabilidad de esos mismos cuerpos, ante los ataques de otros hombres, explica el alcance de ciertos requerimientos jurídicos de protección. Las variantes fantásticas a que puede acudir nuestra imaginación, hacen ver hasta qué punto el cambio radical de alguna característica contingente, no sería tan solo el cambio de una circunstancia de hecho, sino que tendría enormes consecuencias sobre las estructuras de nuestro aparato conceptual y sobre la totalidad de nuestra vida social, moral y jurídica.

En la actualidad -y mientras no sobrevengan cambios radicales en los ejemplos-, muchas reglas de un sistema jurídico resultan ser tan fundamentales, que aquel sistema que careciera de ellas no tendría objeto alguno, ni podría sustituirlas con otras diferentes. Tales reglas se superponen con principios morales básicos -en el ejemplo, acerca de la prohibición de la violencia-, y no hay inconveniente en decir que, de hecho, todos los sistemas jurídicos coinciden con la moral en ciertos puntos vitales. La cuestión sería si a esta coincidencia de hecho, que claramente depende del humilde propósito de sobrevivir en cercana proximidad con nuestros semejantes, podemos llamarla una necesidad *natural*.

Este es el punto hasta el que Hart estaría dispuesto a llevar las cosas. En cambio, las teorías del derecho natural, en todas sus proteicas apariencias, intentan llevar más lejos el argumento. Por encima de aquel mínimo propósito de convivencia, estas doctrinas atienden a una más amplia constelación de fines -por ejemplo, la búsqueda del conocimiento o de la justicia para todos nuestros semejantes-, y suponen que todos los seres humanos están unidos en esa concepción general. Un supuesto que Hart no comparte, porque piensa que por encima de aquel propósito mínimo, los fines de los hombres son demasiado variados y hasta conflictivos, como para sustentar en ellos la ampliación del argumento. Lo que además tendría una consecuencia que es preciso advertir: la de cargar a todo sistema jurídico con un contenido adicional como rasgo necesario, sin el cual el sistema carecería de razón de ser.⁹

Hay otro aspecto del asunto que Hart aduce como razón para evitar la superposición plena de moral y derecho. Si aceptamos que un sistema jurídico consiste en reglas generales y que esto es parte de su significado mínimo -en el doble sentido de que esas reglas se refieren a cursos de acción, no a actos individuales simples; como en el de que aluden a una multiplicidad de hombres y no a un individuo en particular-, también estamos obligados a lo siguiente. Este significado connota el principio de

⁹ *Op. cit.* 623.

tratar de manera semejante a todos los casos iguales, aunque los criterios de semejanza resulten ser los especificados en las reglas mismas. La noción mínima del derecho como consistiendo en reglas generales implica, por tanto, la justicia en la administración del derecho, que exige imparcialidad a los procedimientos y objetividad en los principios, como exige garantía de que las reglas sean aplicadas solamente a aquellos casos genuinamente comprendidos en ellas o, al menos, la reducción de los riesgos de la desigualdad. Una implicación procesal, que impide tratar al derecho como si no tuviera contacto con los principios de la moralidad pero, de cualquier manera, algo diferente a la justicia del sistema jurídico mismo.

Estas son las dos razones -más bien excusas, dice Hart-, para hablar de una cierta superposición de los patrones morales y jurídicos, como algo natural y necesario. Pero, por supuesto, son insuficientes para quienes se preocupan por oponerse a la distinción profesada por los viejos positivistas, por la sencilla razón de que un estado podría cumplir aquellos requerimientos mínimos y, sin embargo, aplicar un derecho terriblemente opresivo y violento contra una parte de la población. Solamente si las reglas fallaran para todos -por no cumplir la protección y la imparcialidad ni siquiera en beneficio del grupo opresor-, se podría decir que no existía un sistema jurídico, sino un conjunto de meras prohibiciones sin sentido.¹⁰

5.- El último apartado del texto, suprimido en la Antología de Dworkin, trata un par de asuntos diferentes pero relacionados con los anteriores, sin los cuales podría considerarse inconcluso el ensayo de Hart. El primero porque constituye, según él, la mayor preocupación de quienes se oponen a la tesis de la separación entre moral y derecho, a pesar de que su tratamiento es un mero deslinde de cuestiones; el segundo, de más alto interés, porque representa su visión crítica de un punto de vista que le parece el único que verdaderamente ha aportado algo de valor para debilitar la distinción de los viejos positivistas.

No vale la pena detenerse en el primer deslinde de cuestiones. Basta solamente con decir que el propósito de Hart consiste en disipar una posible confusión entre la tesis central de su ensayo y la adopción de teorías éticas relativistas, subjetivistas o no cognoscitivas acerca de la naturaleza de los juicios morales o de los valores. De hecho es bien claro que la relación no ha sido obligada: ciertamente Kelsen adoptó teorías éticas de esa clase; pero no lo hicieron así los viejos positivistas.

Lo decisivo, sin embargo, es la conclusión precisa de Hart de que, de la adopción de tales teorías éticas -o de sus contrarias-, no se sigue ninguna consecuencia directa, para el problema de la conexión entre el derecho que socialmente existe y el derecho que debe ser. La única diferencia

¹⁰ *Op. cit.* 623-624.

que podría darse es que si, por ejemplo, se adoptan teorías éticas contrarias -es decir, objetivistas y cognoscitivas-, la iniquidad de las normas podría ser demostrada. Pero la demostración misma no probaría que la norma es derecho o que no lo es. Normas jurídicas moralmente inicuas, podrían seguir siendo normas jurídicas; y lo contrario: podría haber reglas con todas las calificaciones morales demostradas y, sin embargo, no ser derecho.¹¹

En resumen, que para atacar la tesis de la separación entre moral y derecho, el punto a enfocar tiene que ser otro, porque a éste ya respondieron correctamente Austin y Bentham. A los ojos de Hart, quien ha hecho más en la buena dirección para aclarar la línea del argumento es Lon Fuller, profesor de Harvard en aquella fecha. A Lon Fuller está dedicada la parte final del último apartado que, prácticamente, hace de conclusión general al reanudar sus temas con las preocupaciones iniciales del ensayo y con la crítica típicamente norteamericana de los filósofos realistas de la década de los años treinta. Después de todo, era a propósito de esta crítica que Hart consideraba la posibilidad de reformular los criterios de los jueces para los casos difíciles de las situaciones de penumbra, si hemos de aceptar que sus decisiones han de ser racionales.

A propósito de Lon Fuller, el punto emerge justo cuando se consideran, no las reglas de derecho o sus partes que tienen un significado claro, sino las interpretaciones de normas que, al aplicarse a casos concretos, suscitan controversia en su alcance y sentido. En tanto que un simple mandato se entiende en su integridad, a partir de una serie de instancias concretas que se tienen presentes, el alcance de una norma jurídica va más allá de lo que podemos saber o suponer de las intenciones de los legisladores, e incluso puede ser aplicada a situaciones que esos legisladores no podían haber considerado. De manera que la aplicación a casos nuevos puede llevar a un complemento o natural reelaboración de la norma misma -no de las intenciones de quienes la dictaron. Se trata de un fenómeno al que no hacen justicia las descripciones de los viejos utilitaristas que hablaban de legislación judicial; y menos aún las de los norteamericanos modernos, que hablan en términos de elección creadora. Ninguna de las dos descripciones capta la complejidad de los hechos, ni percibe una diferencia crucial. La diferencia entre el acto deliberado de tratar a un caso nuevo de la misma manera que fue tratado otro del pasado, y el reconocimiento -que puede ya no ser completamente deliberado ni acaso voluntario-, de incluir un caso nuevo bajo una regla que lo articula dentro de un propósito continuo e idéntico.¹²

¹¹ *Op. cit.* 626.

¹² *Op. cit.* 627

El comentario de un ejemplo citado por Fuller -en que no nos detendremos -a pesar de ser un ejemplo notable-, aunque no es precisamente de aplicación del derecho, permite a Hart precisar las siguientes distinciones. La primera: que normalmente, nosotros interpretamos lo que la gente se propone hacer o lo que dice, a la luz de objetivos humanos comunes presupuestos. La segunda, que también sucede con frecuencia, que aquella persona cuyos actos o cuyas palabras interpretamos en base a esos objetivos comunes no explícitos, confiesa que nuestra interpretación es correcta, pero que no los tenía presentes en el caso particular. Y tercera, que cuando nosotros lo reconocemos así -tal vez después de consultar o argumentar con otros-, admitimos que un caso particular no considerado de antemano puede caer, naturalmente, dentro del ámbito de algunas instrucciones que fueron vagamente expresadas. Ahora bien, resume Hart, si con ayuda de estas precisiones volvemos la mirada a la experiencia de jueces y abogados, nos parecerá muy poco fiel una descripción en términos de la mera decisión de tratar un caso particular de cierta manera; y pensaremos en cambio, en la ventaja de frases como intentar articular lo que “realmente” constituye nuestro “verdadero propósito”. Frases que Fuller usa en el mismo artículo estudiado por Hart.

En estos pequeños hallazgos de lenguaje encuentra Hart la oportunidad de acercar el pensamiento de Fuller a sus propias preocupaciones y añadir, además, la posibilidad de algunos beneficios en controversias sobre la índole del razonamiento moral. Por ejemplo, para corregir el punto de vista que establece una profunda separación entre los medios y los fines de la acción humana, y supone también que el argumento racional sólo alcanza a los primeros. Pero concedido esto, con lo que Hart reafirma su rechazo a ciertas teorías éticas, los beneficios de las ideas de Fuller para la filosofía del derecho quedan muy reducidos, sobre todo en el punto que se discute en el ensayo. Su consecuencia neta es solamente el reconocimiento de que al interpretar las reglas del derecho se dan *algunos casos* en los que, después de haber reflexionado, nos encontramos con una *elaboración o articulación natural de la regla* que, en alguna medida parece ir más allá de ella, pero que no es precisamente una decisión legislativa ni un acto de creación de derecho.

El asunto, sin embargo, resulta mejor acotado a partir del ejemplo estudiado por Fuller y la tarea consiste en buscar una descripción adecuada para la experiencia que así se ilustra. Pero para evitar equívocos si es que se quiere presentar esa experiencia como fusión entre el derecho que es y el derecho que debe ser, es indispensable tener en mente dos prevenciones; y saber además, el problema que permanece oculto con semejante terminología. Estos tres puntos son propiamente la conclusión del ensayo de Hart.

La primera advertencia aconseja tener presente que no todo deber ser, en tales casos, es necesariamente moral. Como ya quedó dicho, puede significar también la aplicación a nuevas circunstancias de un código opresivo,

cuya inmoralidad es apreciada por aquellos encargados de interpretarlo. La segunda prevención -todavía más importante-, consiste en no olvidar que, en la aplicación del derecho, el fenómeno descrito no deja de ser raro; y que el sentimiento de que al decidir un caso determinado no tenemos otra salida que la reelaboración racional de una norma es francamente excepcional. Porque la mayor parte de los casos que exigen un esfuerzo de interpretación, solamente piden que nos hagamos cargo, de mejor manera, de la realidad de la situación.

En parte al menos, las dos advertencias recogen de manera resumida tesis presentadas a lo largo del ensayo, pero el último punto añade una sabia reflexión escéptica. Aunque la interpretación de una norma, dentro del marco del derecho relativamente bien establecido, deja abiertas alternativas a jueces y abogados para elegir su camino en medio de un campo de incertidumbre, parece adecuado describir esa experiencia como el intento de reconocer algo que espera reconocimiento, más que como una elección deliberada. Pero fundar en esta posibilidad la terminología que hace inseparables derecho y moral, sólo sirve para ocultar aquella inevitable incertidumbre. De la misma manera, según Hart, que otras respuestas tajantes como aquella que afirma que los jueces sólo declaran pero nunca crean derecho. Lo cierto es que, lo mismo al interpretar normas que cualesquiera otros principios de conducta, intenciones o deseos, siempre tendremos que elegir entre caminos rodeados de incertidumbre. Lo que sucede con el derecho que realmente existe es que impone límites a nuestra elección -pero no impone la elección misma. Tampoco, por cierto, elimina por completo la incertidumbre.¹³

6.- No obstante estas prudentes reflexiones, la exposición anterior ha subrayado, sobre todo en los pasajes históricos y en la conclusión pero también a lo largo del ensayo, la idea de Hart de que el reconocimiento de la realidad social del derecho no implica, de modo necesario, su aceptación moral. Una tesis, por tanto, que da fuerza a la distinción entre los dos conceptos -cualquiera que puedan ser sus relaciones de coincidencia, identidad de tradiciones y mutuo reforzamiento.

Ahora parece indispensable volver los ojos a una diferente concepción del derecho, con el objeto de percibir los puntos en que se encuentran, unos contra otros, los argumentos. La mejor elección de un texto breve - también la más sencilla y obvia-, resulta facilitada por la antología de Dworkin que ya hemos citado: "Is Law a System of Rules?" es un ensayo del propio editor de la antología, que él mismo ha colocado a continuación del escrito de Hart. Publicado inicialmente con otro título en 1967, es decir, diez años después de la conferencia de Hart en Harvard, no pierde de vista el texto que hemos examinado, aunque tiene presente

¹³ *Op. cit.* 628-629.

además *The Concept of Law*, el libro sistemático de 1961 y a partir de él procura expandir la discusión. La antología, sin embargo, no publica el ensayo íntegro, sino que suprime el primer apartado, pero en todo lo demás sigue letra por letra la primera publicación en la *University of Chicago Law Review*, que tenía como título “The Model of Rules” por esto hemos preferido que todas las referencias dadas a continuación, sigan la paginación de la revista de Chicago.¹⁴

Centrar la atención solamente en el artículo de 1967 que es, al parecer, el primer texto crítico de Dworkin a una manera de concebir el derecho que él mismo describe como “el modelo de las reglas”, permite puntualizar el comienzo de la discusión con Hart, sin perderse en los aspectos más generales de la confrontación global de dos teorías rivales -lo que rebasaría los límites que nos hemos propuesto. Porque la concepción de Dworkin -expuesta con amplitud en libros sistemáticos de fecha posterior-, no se conforma con tender puentes conceptuales entre moral y derecho sino que considera abiertamente como el hecho crucial de la jurisprudencia una tesis central: la tesis de que el núcleo mismo del derecho está constituido justo por las cuestiones morales, y que los principales problemas de la disciplina son relativos a los principios morales -no a los hechos jurídicos ni a las estrategias de la interpretación.

El ensayo sobre el modelo de las reglas, sin embargo, comienza con el punto analizado por Hart a propósito de las situaciones de penumbra y de sus sugerencias para avanzar en la búsqueda de una respuesta -asuntos a que se hizo referencia en los apartados 3 y 4 de estos apuntes-, pero sobre todo en la discusión con Fuller, recordada en el apartado 5. Aunque Dworkin parece plantear cuestiones más abstractas, acerca del sentido de un derecho subjetivo o de una obligación jurídica o moral, justifica la importancia de esas preguntas por su papel en la solución de problemas particulares. ¿Cómo debe enfrentar un tribunal la demanda de un derecho no previsto como tal en las normas jurídicas, cuando además carece de precedentes? ¿Cómo resolver un caso, cuando la mayoría de la gente en una comunidad determinada piensa que, moralmente, debe apoyarse una cierta solución? Si nuestras leyes cambian y nuestra sociedad evoluciona

¹⁴ «¿Is Law a System of Rules?» se publicó por primera vez en *University of Chicago Law Review*, Vol. 35, Núm. 14 de 1967, con el título: «The Model of Rules», después cambió de título al reimprimirse en una antología de 1970, de donde procede la excelente traducción castellana de Javier Esquivel y Juan Rebolledo. Pero la impresión de Chicago anunciaba ya, en una primera nota, que el artículo había sido «adaptado a partir del capítulo de un libro próximo a aparecer», como efectivamente sucedió: con el título de «The Model of Rules I» ha venido a ser el capítulo segundo de *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. cuya primera publicación es también de 1967. La reimpresión de 1978 que hemos tenido a la vista reproduce otra vez el artículo íntegro de Chicago, sin cambiar una letra del ensayo -salvo una insignificante variación de puntuación y un añadido de varias líneas en la última nota de pie de página.

¿Cómo podemos estar seguros de hacer lo correcto mientras no identifiquemos los principios que seguiremos en tales casos, ni sepamos si son suficientes y si los aplicamos consistentemente?¹⁵ De las respuestas a considerar, algunas de las cuales emplean conceptos bien cimentados dentro de la estructura de nuestras prácticas políticas, Dworkin declara que elige la de Hart, como la teoría más sólida y digna de atención. A ella dedica propiamente el ensayo a partir del segundo apartado, titulado “Positivismo”, que viene a ser el primero en la antología de Oxford. Pero todavía éste es un pasaje histórico, previo al anuncio de su estrategia argumentativa, en que el autor acerca el pensamiento de Hart al de los viejos positivistas. Una aproximación que, no obstante su presentación en extremo concisa, recuerda inevitablemente el texto que hemos analizado en primer término, a pesar del contraste de su estilo desenvuelto e incluso brillante.

El acentuar esa cercanía entre todos los autores que Dworkin tiene por positivistas -de manera que impide distinciones y matices-, y encima hacer aparecer, de vez en vez, tesis específicas de Hart como si fueran los únicos blancos a que apuntan sus argumentos, constituye la primera dificultad del ensayo, que no siempre precisa con rigor sus cuestionamientos. Así comienza -esto es un buen ejemplo-, por enunciar tres dogmas o tesis clave para describir lo que llama “el esqueleto del positivismo”. *La primera*, afirma que el derecho de una comunidad es un conjunto de reglas especiales usadas con el propósito de determinar qué conducta debe ser coaccionada o castigada por el poder público. Las reglas de ese conjunto pueden ser identificadas con criterios específicos, que no tienen que ver con su contenido sino con la manera en que fueron adoptadas o desarrolladas. Lo que Dworkin considera, con un toque de humor, pruebas de *pedigree*. Son criterios que permiten distinguir las normas jurídicas de otras reglas sociales, que la comunidad obedece sin imponerlas por medio del poder público y que, según él piensa, se agrupan generalmente sin discriminación como “reglas morales”.¹⁶

La segunda tesis -o más bien grupo de tesis-, afirma que el conjunto de aquellas reglas jurídicas es exhaustivo, en el sentido de que comprende todo el derecho, de tal manera que los casos no cubiertos por esas reglas, no pueden ser decididos “aplicando el derecho”. La decisión de cualquier autoridad tiene que buscar algún otro patrón más allá del derecho, como guía para elaborar una nueva regla o para completar la antigua: es decir, tiene que decidir discrecionalmente. La tercera tesis clave es una consecuencia de las anteriores: cuando decimos que alguien tiene un

¹⁵ R. M. Dworkin: «The Model of Rules», *University of Chicago Law Review*, Vol. 35 Núm. 14 de 1967. pp. 14-15.

¹⁶ *Op. cit.* 17.

derecho subjetivo, afirmamos que otros tienen la obligación jurídica de actuar o de abstenerse de actuar, en relación con él, de ciertas maneras. Pero en ausencia de reglas jurídicas específicas que prescriban ese derecho subjetivo, no puede haber obligación jurídica, de modo que el juez tiene que actuar con discreción si quiere decidir en favor de un demandante, y no podemos decir que con eso haga efectiva una obligación jurídica.¹⁷

Este es el esqueleto de la teoría contra el que Dworkin va a argumentar, no sin advertir antes que no todos los positivistas estarían de acuerdo con su manera de presentar ese esquema. Además de reconocer que hay diversas maneras de acomodar la carne sobre esos mismos huesos, por ejemplo al describir los criterios para identificar una norma de derecho. Muestra de esta diversidad son las pocas páginas dedicadas a Austin y su comparación con la versión más compleja de Hart, quien reconoce: que las normas jurídicas son de tipos lógicos diferentes; rechaza la idea de Austin que describe la norma como un mandato; y ofrece a cambio un análisis más elaborado de lo que son las reglas del derecho. En la teoría de las normas jurídicas de Hart, la autoridad de estas normas no depende del poder físico de sus autores para protegerlas mediante la coacción, sino de la autoridad de los propios autores para expedir normas y de éstas mismas.

Ahora bien las fuentes que hacen posible la autoridad de las normas son solamente dos: una, la aceptación de la regla como patrón de conducta en una comunidad determinada, pero no simplemente como pauta a seguir sino como práctica obligatoria, es decir, acompañada del reconocimiento de la regla misma como criterio de justificación o razón de la conducta. La función de estas reglas -a las que Hart da el nombre de reglas secundarias-, es en cierto modo restringida pero, sin embargo, fundamental: porque de ellas depende la competencia y operación del aparato gubernamental, de sus cuerpos legislativos y de sus tribunales; además de que ellas estipulan cómo han de ser identificadas las normas jurídicas. A partir de estas reglas secundarias nace la idea del derecho como un conjunto de reglas. Por eso llama Hart a la norma secundaria fundamental, regla de reconocimiento.

La *otra* fuente de autoridad es justamente la norma secundaria fundamental, porque de allí derivan su validez las reglas que han sido elaboradas de acuerdo con los procedimientos legislativos y de puesta en vigor que ella señala. Las reglas así surgidas son las normas primarias, y su fuerza obligatoria no depende de su aceptación.¹⁸

¹⁷ *Op. cit.* pp. 17-18.

¹⁸ *Op. cit.* pp. 20-22.

Dworkin reconoce la diferencia entre la teoría general de las normas de Hart y la posición de Austin, a pesar de que ve en la primera solamente una forma más sofisticada de la segunda. Esta perspectiva le permite afirmar de manera tan abreviada como contundente, que ambos modelos son “muy similares”. En primer término porque admiten la textura abierta del lenguaje del derecho; pero además, porque ante los casos problemáticos -los que Hart ha llamado de penumbra-, admiten la capacidad discrecional de los jueces para decidir una cuestión jurídica. Apoyado en esta similaridad de los modelos, anuncia Dworkin que intentará mostrar por qué quienes piensan que el derecho es un conjunto de reglas, tienen que caer inevitablemente en la dificultad, cuando tropiezan con casos problemáticos, de dar cuenta de las resoluciones judiciales en términos del ejercicio discrecional de alguien.¹⁹

7.- El apartado siguiente de Dworkin -segundo en la antología de Oxford pero tercero en el artículo-, que se titula “Reglas, principios y políticas”, anuncia su estrategia y define los tres conceptos acabados de enunciar. La estrategia se organiza en torno a un hecho que se describe como la manera de razonar de los juristas acerca de derechos subjetivos y obligaciones. Aunque el texto precisa que esa manera de razonar se da “*particularmente* en los casos difíciles”, la palabra subrayada por nosotros parece no excluir necesariamente a los casos que no lo son. Lo que sucede es que los problemas parecen más agudos en los casos difíciles; y lo que los juristas hacen en sus argumentos es emplear patrones que no funcionan como reglas, sino como principios, políticas o pautas de otro tipo. El modelo de las reglas del positivismo, y su noción central de que hay una prueba fundamental y única para determinar qué es el derecho -afirma Dworkin en términos generales-, conduce por fuerza a pasar por alto el importante papel que desempeñan aquellos patrones que no son reglas.²⁰

El argumento de Dworkin, sin embargo, no muestra su fuerza si no se acompaña de la definición de los tres conceptos mencionados -y si estos no se ilustran con ejemplos adecuados. Pero en una presentación como ésta no es fácil satisfacer esas condiciones. Habrá que conformarse con decir que Dworkin usa el término “principio” de una manera muy general, para referirse a todo el conjunto de patrones que no son reglas; pero a veces precisa la distinción entre principios y políticas y llama principios a los patrones que constituyen una exigencia de justicia o equidad -o de cualquier otra dimensión de la moralidad. En tanto que las políticas señalan metas que deben ser alcanzadas en razón de la mejoría de algún aspecto económico o social de la comunidad. Por ejemplo, que nadie puede sacar provecho de sus propios actos ilícitos es un principio; pero, que los

¹⁹ *Op. cit.* 22.

²⁰ *Op. cit.* 22.

accidentes automovilísticos deben ser reducidos, es una política. Se trata de una distinción que puede ser borrada -reconoce el propio Dworkin-, si se construye, en el primer caso, un patrón que establezca como meta social que nadie se beneficie de sus actos ilícitos. Y en el segundo, con ayuda del utilitarismo se construye un principio que hace de los accidentes de automóvil un obstáculo para la felicidad del mayor número y así se descubre la meta moralmente valiosa.²¹

Pero el propósito inmediato del ensayo se reduce a distinguir entre los principios -en su sentido más general-, y las reglas del derecho. Para esto, su autor prefiere partir de ejemplos de resoluciones judiciales, el primero de los cuales recuerda el caso de un asesino de su propio abuelo, quien no recibió la herencia a pesar de que la aplicación literal de las normas de derecho sobre testamentos no establecían la prohibición de beneficiarlo. El tribunal de Nueva York que resolvió sobre el asunto en 1889, argumentó que las consecuencias jurídicas de los testamentos podían ser controladas o modificadas por el principio de que nadie debe obtener provecho de sus propios delitos, ni reclamar ventajas basado en sus actos inicuos.

Estos y otros ejemplos que no vale la pena recordar; son suficientes para que Dworkin pueda concluir que la distinción, entre los principios jurídicos más generales y las reglas jurídicas, es una distinción lógica. Ambos son patrones que apuntan a decisiones particulares sobre una obligación, en circunstancias también particulares, pero difieren en el carácter de la dirección a que cada una de ellas apunta. Lo que la regla indica, si se dan los hechos por ella estipulados, es que su aplicación ha de ser de todo o nada: si la regla es válida, su solución tiene que ser aceptada; pero si carece de validez o no ocurren los hechos por ella previstos, la regla no contribuye en nada a la decisión. Por supuesto que una regla puede tener excepciones pero, en tal caso, éstas tienen que estar enumeradas explícitamente.²²

Los principios, en cambio, se comportan de otra manera. De ellos no se sigue “automáticamente” una consecuencia jurídica, aunque se cumplan las condiciones previstas. Es frecuente, según Dworkin, que la gente se beneficie de sus propios actos ilícitos -como en el caso de la prescripción positiva-, y que por ellos adquiera ventajas legales, sin que se pueda decir que el principio ya no se respeta o que debe ser completado con excepciones adicionales, lo que podría ser, además, una tarea imposible. En la aplicación de ese principio al ejemplo, ni siquiera se podrían

²¹ *Op. cit.* pp. 22-23.

²² *Op. cit.* 25.

establecer las condiciones que hagan necesaria su aplicación: siempre es posible que otros principios operen en dirección opuesta, por ejemplo, la política de dar seguridad a un derecho adquirido. Pero que un principio no pueda prevalecer sobre otro, no indicaría que alguno de los dos ha dejado de pertenecer a un sistema jurídico. Habrá casos en que un principio sea relevante, como habrá otros en que será su contrario.

A los ojos de Dworkin, esta diferencia en la manera de operar en los procesos de los tribunales, en términos estrictos, es una distinción lógica. Y a esa consideración añade el hecho de que, algunos principios ni siquiera parecen reglas para establecer obligaciones específicas, sino que constituyen solamente un eslabón esencial en el razonamiento judicial.²³

No es posible detenerse en ejemplos menores pero, aún sin ellos, hay que agregar que, según Dworkin, la distinción anterior implica una segunda. Los principios tienen una dimensión que no tienen las reglas: una característica de peso o importancia que, como no puede ser exacta, resulta, en general, siempre controvertida. A diferencia de las reglas que, por su propia función no pueden tener pesos diversos dentro del sistema de las normas: si dos reglas entran en conflicto, una de las dos no será válida. Y en tales casos, la cuestión de la validez estará regulada por otras reglas del sistema, que darán preferencia, por ejemplo, a la emitida por una autoridad más alta, o a la más reciente, o a la más específica.²⁴

Marcadas estas dos distinciones, que de alguna manera parecen un eco de cierta tesis de una vieja discusión dentro de la tradición jurídica italiana, por lo demás harto conocida entre nosotros,²⁵ Dworkin añade otras consideraciones que, dentro de su simplicidad analítica, parecen tener en cuenta varias dificultades. No siempre es claro, por la forma de un patrón de conducta, saber si se trata de una regla o de un principio. En muchos casos, además, la forma de operación de un patrón puede no estar establecida. Otras veces, la regla y el principio pueden desempeñar el mismo papel, de manera que su diferencia es solamente de forma y los tribunales tienen que establecer cuando les dan un uso normativo y cuando tienen que compararlas con otros principios o políticas para medir el peso de

²³ *Op. cit.* 25-27.

²⁴ *Op. cit.* 27.

²⁵ Conocida sobre todo por la obra de García Máñez que, en diversos escritos, en general anteriores a los años setenta, se ocupó de la eficacia del sistema jurídico, la función de los principios generales del derecho, la interpretación de las expresiones y la integración de las normas. Su libro *Filosofía del Derecho* (Porrúa, México 1974), resume su opinión del lado de Bobbio y Crisafulli, en favor de la tesis de la naturaleza normativa de los principios, cuya función es hermenéutica y de integración. Ambos contra Betti, que sostiene que los principios no son normas sino meras orientaciones ideales y programáticas de política legislativa. Una discusión surgida, por otra parte, a raíz de reformas de leyes italianas de 1936, que empleaban la fórmula de «principios generales del ordenamiento jurídico del Estado».

su aplicación en el proceso. También sucede que el empleo de ciertos términos -como “razonable”, “negligente”, “significativo” o “injusto”-, en la redacción de las normas, las acerca notablemente a los principios.²⁶

Nada de lo anterior, sin embargo, parece perturbar a Dworkin después de que examina algunos ejemplos de casos judiciales, sencillamente porque una vez declarada la distinción lógica, ninguna de esas dificultades puede convertir las reglas en principios. Y si lo que obliga a un tribunal es una regla, su comportamiento se determina de modo diferente a como tiene que hacerlo si ha de tratar con un principio. Puesta al descubierto esta manera de “identificar los principios de derecho”, resultará fácil a Dworkin hallarlos presentes en todas partes: en la historia del derecho, en los libros de texto y, por supuesto, en la práctica de los jueces -cuando hay que resolver “casos difíciles”. Es a propósito de los casos difíciles que los principios cumplen un papel esencial como parte de los argumentos en que se apoyan las decisiones sobre derechos subjetivos y sobre obligaciones. Una afirmación -esta última-, a la que nada tendría que oponer el propio Hart. Lo que no resulta demasiado claro, en lo que Dworkin ha examinado hasta aquí, es la exactitud con que sus tesis se pueden aplicar a una gran variedad de principios -en su sentido más amplio-, desde los más generales que se refieren a lo que es el derecho (lógicos y ontológicos) o a lo que en general debe ser el derecho, hasta los que constituyen el trasfondo axiológico implícito de cada ordenamiento positivo y aún de cada institución.²⁷ Sin excluir, por supuesto, aquellas que Dworkin llama “políticas”, de las cuales también hay testimonios en la historia del derecho, como políticas de Estado y aun de partido.

Menos todavía resulta clara una distinción necesaria, entre el papel que reglas y principios desempeñan en la cadena de las razones de una argumentación jurídica; y por otra parte los caminos, seguramente diversos, por lo que juristas y tribunales pueden identificar tales reglas y principios, y hacer uso de ellos. Caminos que no excluyen siquiera la delegación expresa de las leyes vigentes en favor de principios generales de derecho para materias u oportunidades específicas.²⁸

Las consideraciones que se acaban de aducir, resultan pertinentes para la lectura del apartado IV del ensayo de Dworkin, que inicia la discusión

²⁶ «The Model of Rules», pp. 28-29.

²⁷ Para emplear los términos preferidos por García Máynez con el propósito de introducir un poco de orden en ese conjunto heterogéneo de enunciados relacionados con el derecho, que reciben el nombre de «principios» y que Dworkin no logra discriminar.

Cf. *Filosofía del Derecho*, pp. 311 ss.

²⁸ La confusión en este punto constituye el blanco de la objeción de N. Bobbio contra E. Betti, a que se refiere García Máynez en el lugar citado en la nota anterior, al defender la naturaleza normativa de algunos principios y la integración de todos ellos en el orden jurídico.

sobre el concepto de derecho como un análisis del papel que desempeñan los principios en la toma de decisiones de los tribunales. Al dejar a un lado tales consideraciones, su planteamiento resulta demasiado simple, y abre solamente la posibilidad de dos tácticas o vías de acción, que presenta además como incompatibles. *La primera*, que consistiría en tratar a los principios como normas, lo que conduciría a la afirmación de que, al menos en la práctica de los tribunales de algunos países, el concepto de derecho incluye tanto reglas como principios y, por tanto, los jueces se equivocan al no aplicar principios cuando es pertinente hacerlo. *La segunda* vía, por otro lado, niega que los principios pueden ser obligatorios en el mismo sentido en que lo son algunas normas. Y, en este caso, los jueces se ven forzados a ir más allá de las reglas del derecho y tienen que aplicar principios extrajurídicos.²⁹

Sin entrar en matices, Dworkin da por hecho que Hart y los viejos positivistas optan por la segunda vía, que tiene a los principios por patrones que no pueden obligar a los jueces, quienes se ven llevados en los casos no cubiertos por la ley, a ejercitar su discreción. El siguiente paso en la disputa -al que dedica el apartado V del ensayo-, consiste en un análisis de este concepto. Como el apartado que sigue -el último del texto de Dworkin-, se destina solamente a la conocida tesis de Hart, de la regla de reconocimiento. Lo que se intenta en ambos es minar las bases de dos ideas fundamentales de *The Concept of Law*, aunque poco nos dicen sobre el tema de la relación entre moral y derecho. Un rápido repaso de los pasos principales de esta visión crítica, nos permitirá volver al punto de vista de Hart.

8.- El concepto de discreción, en su sentido ordinario, alude a la posibilidad de tomar decisiones dentro de un área abierta por patrones establecidos por alguna autoridad particular. Puede entenderse sólo como sensatez o buen juicio, en un contexto no suficientemente claro; pero también como la capacidad, en un contexto preciso, de una autoridad superior cuyas decisiones no pueden ser revisadas por otra autoridad. Hay además un tercer uso de “discreción”, que para Dworkin es el sentido fuerte: cuando se dice de alguien que no está obligado por los patrones establecidos por la autoridad que suponemos pertinente.³⁰

En lengua castellana, no se podría decir que éste último es uno de los usos corrientes del término. Menos todavía con las acotaciones que añade Dworkin, esto es: que no equivale a una licencia respecto de restricciones de racionalidad, de efectividad y de equidad, ni queda a salvo de la crítica. Porque estas restricciones operan en realidad para cualquier clase

²⁹ «The Model of Rules», pp. 29-30.

³⁰ *Op. cit.* 32-34.

de decisión -discrecional o no. Si se trata de la decisión de un funcionario, que podemos criticar por equivocada, pero de la que nunca podemos decir que desobedece patrones suministrados por otra autoridad, porque no está obligado a seguirlos, tenemos que decir que es discrecional en el segundo sentido.

No obstante, Dworkin piensa que los positivistas, en general, usan este sentido fuerte de discreción para decir que los principios -puesto que no son reglas-, no obligan a los tribunales, aunque a veces éstos puedan considerarlos en sus decisiones. De donde resulta su principal objeción contra “el modelo de las reglas”: la incompatibilidad entre los principios y la teoría de que el derecho es un sistema de normas cuya prueba de identidad puede ser establecida, por ejemplo, con el recurso a la regla de reconocimiento de Hart. Si los principios no son susceptibles de una prueba semejante, ni son obligatorios, los positivistas no pueden explicar el papel que desempeñan en las resoluciones de los tribunales.³¹ Por eso acuden al concepto de discreción, pero no en el sentido débil de buen juicio o de margen de libertad bien acotado por otra autoridad, sino de capacidad de recurrir a patrones extrajurídicos que cada juez selecciona de acuerdo a sus propias luces -en esto consiste el ejercicio de su discreción.³²

Lo que propone Dworkin en el último tramo de su texto, no es solamente el abandono del modelo positivista -cuyo esqueleto dibujó al principio del ensayo-, sino además y de modo muy específico, el abandono de lo siguiente: de la idea de discreción judicial; de la regla de reconocimiento; y de la teoría de la obligación jurídica, doctrinas todas, plenamente enlazadas. De esta manera, piensa que se abre la posibilidad del estudio del derecho, centrado en la compleja constelación de los principios.

No interesa seguir a Dworkin en su propuesta, que ha desarrollado en numerosas publicaciones posteriores a este temprano ensayo crítico de Hart. Ahora basta, para cerrar la exposición de sus argumentos, con un breve recuento de la forma de aquellos que resultan más cercanos al tema que nos interesa de los principios morales. Sus ejemplos no ayudan demasiado. Porque si dejamos a un lado el notable ejemplo de Fuller-notable porque constituye una cita de Wittgenstein-, acerca de los supuestos con que contamos al indicar a otro cómo seguir una regla, tan provechosamente comentado por Hart, los del propio Dworkin se pueden reducir a dos tipos de principios. En primer lugar, los que operan como patrones de segundo nivel, porque instruyen a los tribunales sobre la aplicación de reglas primarias, como el que dice que nadie debe obtener provecho de sus propios actos ilícitos. En segundo lugar, aquellos que señalan metas o políticas, que también pueden formularse como exigencias de

³¹ *Op. cit.* 37.

³² *Op. cit.* 40.

justicia y moral, que permiten facilitar la interpretación de las normas y su integración en casos difíciles o no previstos. Ambas clases de principios pueden dar ocasión a coincidencias o reforzamientos entre moral y derecho, sobre todo si se expresan en términos adecuados para cumplir una función normativa. Pero el punto es la diferencia lógica de normas y principios, y a partir de esa diferencia, la forma de la argumentación queda de plano dibujada, de manera que en buena parte constituye una segunda vuelta sobre cosas ya dichas.

Como punto de partida, la validez de las normas se prueba con la regla de reconocimiento; pero ésta no cuenta para los principios. La defensa de un principio tiene que acudir, en último término, a un sentido de equidad o de idoneidad desarrollado en el ejercicio profesional de los juristas frente a su audiencia, a lo largo del tiempo -y sólo se puede apoyar en antecedentes. Pero éstos hay que buscarlos en el cambiante conjunto que es la totalidad de patrones interactuantes de conducta, cuya fuerza persuasiva está en relación con las prácticas morales contemporáneas más aceptadas. Ahora bien, nada de esto puede ser reducido a una regla de reconocimiento que precise características indiscutibles, porque si algo cabe decir de las prácticas y del mundo moral que así describe Dworkin, es que sus principios se mantienen en un nivel de abstracción en que constituyen una unidad -no una cadena en que se enlazan uno con otro.³³

El acceso a este mundo moral queda cortado para Hart, según piensa Dworkin, aunque acepte que su regla de reconocimiento pueda estipular como normas jurídicas las establecidas por la costumbre. Porque esto hace surgir para él un problema difícil de enfrentar: si dijera que el criterio es que la comunidad acepte a una práctica como *normalmente obligatoria*, no podría distinguir las normas jurídicas de las normas morales consuetudinarias. Y si lo que espera es que la comunidad considere a esa práctica como *jurídicamente obligatoria*, pierde su función la tesis de la regla de reconocimiento.³⁴

Aun haciendo a un lado esta dificultad, concluye Dworkin, cualquiera que sea la parte del derecho que Hart acepte por vía de la costumbre, reduce el campo sobre el que domina su regla de reconocimiento. Por tanto, no es posible, ni siquiera con modificaciones, adaptar el modelo de las reglas para que incluya los principios. Y resulta que sin éstos -según afirma en otro lugar-, no podemos decir, por ejemplo, que aún antes de que lo establecieran las normas jurídicas de manera expresa, los esclavos tenían derecho a la libertad. En consecuencia, es indispensable tratar a los principios como derecho y abrir la posibilidad de explicar los derechos subjetivos y las obligaciones jurídicas, como impuestos por una constelación

³³ *Op. cit.* 41-42.

³⁴ *Op. cit.* 42-43.

de principios -no sólo por normas jurídicas establecidas. Esta distinta concepción del derecho, plantea muchos problemas, pero Dworkin cree que estos problemas prometen más de lo que ofrece el modelo que nos propone abandonar.³⁵

9.- Queda pendiente todavía una reflexión sobre la crítica temprana de Dworkin, que deberá apoyarse en textos posteriores de Hart. Pero como no se trata de hacer la historia completa de la controversia, ni de mostrar su lado positivo para el avance de la investigación en la ciencia y en la filosofía del derecho, este comentario puede reducirse a la presentación abreviada de una tercera pieza clave de la historia. Y esta tercera pieza puede ser el escrito póstumo que Hart había previsto como apéndice para una segunda edición de *The Concept of Law*.³⁶ Concentrar la atención en este solo texto puede tener desventajas, puesto que deja a un lado otros escritos de Dworkin y del propio Hart. La producción del primero ha tenido un desarrollo y una repercusión notables -aunque también alguna rectificación en favor de Hart. Las publicaciones de éste, por sus dimensiones, no son comparables, pero tampoco dejó de responder a su crítico en otros trabajos breves.³⁷ Las ventajas de elegirlo son, sin embargo, todavía mayores.

Hart no introdujo ningún cambio en *The Concept of Law*, pero se propuso el "Postscript" como un epílogo para responder a críticas infundadas y a malentendidos; aceptar ajustes derivados de críticas justificadas; y en general, comentar propuestas de modificación. No pudo terminar el texto de acuerdo a sus planes y dejó una buena porción de fragmentos inacabados, que los editores no consideraron conveniente imprimir. Sin embargo, pudieron publicar la primera de las dos secciones proyectadas, que hallaron redactada en su totalidad. Ahora bien, esta sección está dedicada íntegramente a Dworkin.

A pesar de su interés indudable, no será posible dar cuenta, en estas páginas finales, del texto completo de la parte publicada del epílogo. Habrá que tocar, de la manera más resumida, solamente los últimos dos apartados que ponen el acento justo en las relaciones de derecho y moral, y en sus consecuencias para la teoría de la discreción judicial. Era indispensable optar entre la reducción drástica de las primeras páginas de nuestro ensayo, dedicadas al inicio de la discusión, y una más amplia versión de estas últimas y ha parecido más didáctico respetar las primeras que, en su sencillez, no ocultan ninguna de las discrepancias esenciales. Las del epílogo, por el contrario,

³⁵ *Op. cit.* 44-46.

³⁶ *The Concept of Law*. Second Edition. With a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Clarendon Press. Oxford 1994.

³⁷ A partir de la pág. 238 de la edición acabada de citar de *The Concept of Law*, se publica el «Postscript». En la primera nota de pie de página, Hart enlista sus publicaciones sobre Fuller y Dworkin. En la página siguiente enumera los libros de Dworkin de que se ocupa en el texto.

no pueden evitar alusiones a las variantes de fondo y forma que el paso de los años ha introducido en los textos de la polémica.

Recuerda Hart, al comienzo del apartado sobre derecho y moral, la tesis de su libro de 1961, acorde por completo con el ensayo examinado al principio: en su concepto de derecho se dan muchas relaciones contingentes con la moralidad, pero ninguna de carácter necesario como conexión conceptual. El hecho de que, disposiciones inicuas puedan ser válidas como reglas o como principios de derecho; y de que puedan darse derechos y deberes jurídicos sin justificación o fuerza moral, son sólo aspectos de aquella distinción. Pero ésta es justamente la tesis que rechaza Dworkin, para quien tiene que haber -al menos *prima facie*-, fundamentos morales para las disposiciones sobre la existencia de derechos y deberes. Entender un derecho subjetivo como un derecho moral es un elemento crucial de su teoría, según la cual no es posible conocer la existencia de un derecho antes de hacer el análisis de su fuerza moral.

Las razones de Hart para mantener su punto de vista son las siguientes; los derechos y los deberes jurídicos constituyen el límite exacto en que las leyes precisan la protección de la libertad de los individuos, con sus recursos coercitivos; y restringen o niegan a esos individuos la posibilidad de disponer de tales recursos. Por esta sola circunstancia, es decir, como meros puntos focales de la operación del derecho en la vida práctica, demandan la máxima atención de los seres humanos -con independencia de los méritos morales de las leyes. No puede ser verdad, por tanto, que su sentido en el mundo real dependa de que tengan o no un fundamento moral para afirmar su existencia.³⁸

Lo anterior, naturalmente, se conecta con el problema de la identificación del derecho, como distinto de la moralidad. Para Hart, la existencia y el contenido del derecho pueden ser identificados por relación a sus fuentes sociales: la legislación, las decisiones judiciales y la costumbre, sin referencia alguna a la moralidad -salvo, desde luego, el caso en que el derecho mismo incorpora criterios morales para su propia identificación. Para Dworkin, en cambio, cada enunciado que afirma lo que constituye derecho en una materia determinada, implica un juicio moral, porque las proposiciones del derecho son verdaderas solamente si se siguen, como una conclusión, de otras premisas unidas a un conjunto de principios; y si estos principios son los que mejor se ajustan al derecho establecido -identificado a su vez con referencia a sus fuentes sociales- y proporcionan a un tiempo la mejor justificación moral de este derecho.

Presentada la oposición de esta manera brevísima, salta a la vista el carácter holista e integrador de la teoría de Dworkin. Es una teoría que sirve por igual para identificar el derecho y para proporcionar su justificación

³⁸ «Postscript», *The Concept of Law*, pp. 268-269.

moral. Y en esa doble función se ve con claridad en que consiste su oferta frente a la posición de Hart. Pero este era el punto de vista de Dworkin antes de su último libro de 1986. De haber mantenido su posición en estos términos, nos dice Hart, hubiera sido vulnerable a la siguiente crítica.

Hasta donde el derecho se identifica sólo por referencia a sus puntos sociales, puede ser moralmente inicu; y los principios que proporcionaran su mejor justificación podrían ser, tal vez, los menos inicuos de todos cuantos se ajustaran a él. Pero aún así, carecerían de suficiente fuerza de justificación y no podrían constituir un límite moral sobre lo que puede contar como derecho. Esto vendría a significar que, una teoría que propone identificar al derecho por referencia a unos principios que pueden ser malvados, no se distingue de otra que propone identificarlo sin ninguna referencia a la moralidad.³⁹

En un libro reciente, Dworkin ha introducido otra distinción que salva esta dificultad. Pero en esa distinción Hart ve un reforzamiento de su propia posición teórica, cuyo propósito se reduce a una descripción general de la estructura del derecho y, en ese sentido, es ajena a cualquier intento de justificación moral o de respaldo de una cultura jurídica particular. En los nuevos términos de Dworkin, se trataría de un punto de vista *preinterpretativo* que no rebasa los niveles de la descripción y, en esa medida, puede identificar al derecho sin referencia a la moralidad. Pero las cosas son diferentes para una teoría *interpretativa* y justificativa de la jurisprudencia, de acuerdo a la cual, la identificación de las leyes siempre implica un juicio que proporciona respaldo moral al derecho establecido.

En sus escritos tempranos, la teoría holista de Dworkin presentaba a los principios cumpliendo una doble función: eran los mejor ajustados al derecho establecido y, a la vez, los que proporcionaban su mejor justificación moral. Pero en su libro reciente, ha venido a aceptar que esas dos funciones pueden llegar a estar separadas y puede haber principios jurídicos identificados sin referencia a la moralidad. Aunque advierte que de ellos no se pueden derivar derechos siquiera con fuerza moral prima-facie. Los derechos subjetivos y los deberes con fuerza moral tienen que surgir a partir de una teoría interpretativa del derecho.⁴⁰

El último tema de que se ocupa Hart en el apéndice es la doctrina de la discreción judicial. También es uno de los puntos más agudos de la discusión con Dworkin, quien la considera doblemente errónea: como descripción de la tarea de los tribunales en su trato con el derecho, y como explicación del razonamiento

³⁹ *Op. cit.* 269-270.

⁴⁰ *Op. cit.* 269-272.

El libro de Dworkin a que alude Hart en estos pasajes es *Law's Empire*, Harvard University Press. Cambridge, Mass. 1986.

judicial. En su teoría holista del derecho no puede haber lagunas, puesto que incluye todas las normas explícitamente establecidas por referencia a sus orígenes sociales, junto con los principios jurídicos implícitos, que son coherentes con aquellas normas y constituyen su justificación. Desde el punto de vista interpretativo no hay lugar para la discreción, ni existe tribunal con poderes para crear derecho. En los casos difíciles, cuando fallan las fuentes sociales del derecho que conducen a la decisión de algún punto en litigio, los jueces acuden a los principios con todas sus dimensiones morales.

El comentario de Hart precisa su opinión, en el sentido de que la intervención de los jueces en aquellos casos no completamente regulados por las leyes, no ha de entenderse como el poder de una legislatura. No solamente por las restricciones que les impiden introducir reformas en gran escala o hacer códigos nuevos, sino porque su tarea sólo puede ser *intersticial* y avocarse a la solución de casos particulares. Aunque esta tarea comparta además otras limitaciones muy generales que sí alcanzan al legislador: como la de no proceder con arbitrariedad; y la de justificar sus decisiones con el mejor conocimiento de la circunstancia y de acuerdo a sus propias creencias y valores.

Frente a críticas de Dworkin, Hart vuelve sobre temas que ya hemos comentado y además advierte el peligro de conceder demasiado al lenguaje de los tribunales, cuya retórica puede hacernos creer que los jueces sólo están preocupados por descubrir y reafirmar un derecho ya existente -como un conjunto único de principios de orden superior-, y que eso mismo es lo que les demandan los abogados en el litigio. A esta visión opone la descripción del proceso judicial hecha por grandes jueces y juristas que, para los casos difíciles, hablan efectivamente de creación de derecho, si bien con las limitaciones señaladas y valiéndose de los recursos de la analogía, de los principios generales de derecho y de razones que encuentran algún apoyo en la ley establecida.⁴¹

La misma caracterización del proceso judicial en los casos difíciles, que lo aleja de las tareas legislativas, permite a Hart decir que la discreción no puede pretender una delegación de poderes que sería antidemocrática. Menos todavía puede ser calificada de injusta, en el sentido de constituir una forma retroactiva *-ex post facto-* de crear derecho en perjuicio de persona alguna. Esta objeción tendría fuerza contra cambios del derecho que sobrepasaran francamente la ley establecida, pero parece irrelevante en relación con los casos difíciles. Porque éstos se definen por el hecho de haber sido regulados de manera incompleta por las normas: en ellos no puede darse una situación jurídica clara con expectativas justificadas.⁴²

10.- El intento de presentar nada más una arista del problema de las relaciones entre moral y derecho -la línea de intersección entre los dos conceptos-, por la vía de confrontar los argumentos derivados de dos concepciones

⁴¹ *Op. cit.* 272-275.

⁴² *Op. cit.* 275-276.

del derecho, ha resultado demasiado prolijo. Pero ha mostrado con claridad hasta qué punto, con ser tan intensas esas relaciones dependen por entero del contenido mismo de los conceptos, tal como se definen en el interior de cada teoría.

A veces, por la forma del argumento, más descriptivo y analítico, parecen más convincentes las razones de Hart. Y sin embargo, los primeros pasajes de su "Postscript", al referirse a la concepción de Dworkin, en el apartado sobre la naturaleza de la teoría jurídica, más bien invitan a la perplejidad, al insinuar que no debiera haber conflicto entre las dos empresas teóricas: la neutral y la evaluativa.

En este punto, no debiéramos perder de vista el comentario de Hart sobre Lon Fuller, en la conferencia de Harvard publicada en 1958. No era una simple concesión a ciertos hallazgos de lenguaje en la interpretación de las normas: era el reconocimiento de que el alcance de una regla del derecho es mucho más amplio que las intenciones de los legisladores; y de que existen objetivos humanos presupuestos o vagamente expresados, a cuya interpretación correcta podemos llegar después de consultar y argumentar con otros. Ciertamente, los beneficios para la teoría y filosofía del derecho, parecen muy reducidos en aquellas palabras de Hart. Pero no lo serían si vemos en esa vía de argumentación y de consulta la tarea para una más ambiciosa filosofía práctica: el intento de articular, de manera natural y congruente, los supuestos de las normas y de las instituciones como objetivos humanos explícitos. Es decir, como unas pocas nociones básicas entendidas como logros de la historia humana y, en ese sentido, fundadas en la naturaleza del hombre -por encima de las culturas jurídicas diferentes y aun de los puntos controvertibles de las distintas concepciones teóricas.

Ahora bien, ¿no es ésta acaso una de las metas a que se dirige la empresa de Dworkin, cuando se propone acercarse al mundo moral en busca de principios de equidad, desarrollados en el tiempo dentro de la totalidad de las prácticas morales? Pero ni esta meta, ni el reconocimiento de los objetivos humanos presupuestos en las actividades legislativas y de aplicación de las leyes, han de verse simplemente como una invitación a la compatibilidad de las dos teorías examinadas o de otras semejantes. Se trata, como ya quedó dicho, de una más amplia filosofía práctica que procure la compatibilidad real, mediante el señalamiento de necesidades básicas, de las condiciones del trato equitativo y libre entre los hombres y entre las sociedades. Un señalamiento, sin embargo, que además de ofrecer todas las dificultades teóricas concernientes a su nivel de generalidad, puede presentar el inconveniente práctico -señalado por Hart- de ser útil también para ocultar incertidumbres. Y frente a él, como frente a cualquier otra forma de ocultamiento, no queda más recurso que el juicio moral, crítico y libre, de cada uno de nosotros.