

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE FILOSOFIA Y LETRAS

**EL IUSPOSITIVISMO COMO NEGACION DE LA
NATURALEZA HUMANA EN EL SIGLO XX**

TESIS

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
LICENCIADA EN FILOSOFIA**

P R E S E N T A:

MARIA MONTSERRAT SILVA HARO

BAJO LA DIRECCIÓN DE:

DR. ALFREDO ARAUJO MARTINEZ

México, D. F, 2009.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mi Madre,
Con profundo respeto
Y Admiración.

La filosofía es la forma de la vida humana, el único camino que permite alcanzar la plena humanidad, obtener de su fondo, donde ellas se encuentran, todas las potencialidades que es un deber sacar a luz. Esto se hace por medio de la razón y en esto consiste la virtud. El hombre es el ser filósofo.

Eduardo Nicol, la idea del hombre

INDICE GENERAL

Introducción:	1
I.- Desarrollo histórico del Iusnaturalismo y del Iuspositivismo.	4
I.1 Surgimiento del derecho.	4
I.2 El derecho y la vida humana.	7
I.3 Iusnaturalismo.	10
I.4 Positivismo: surgimiento y expansión.	27
I.5 Iuspositivismo y primeros representantes en el siglo XIX.	32
I.5.1 Jeremy Bentham.	33
I.5.2 John Austin.	33
II.- Los fundamentos filosóficos de las teorías del Derecho Positivo en el siglo XX de Hans Kelsen y de H. L. A. Hart.	47
II.1 Fundamentos Filosóficos del Derecho Positivo de Hans Kelsen	47
II.1.1 Teoría Pura.	48
II.1.2 Negación del Derecho Natural.	50
II.1.3 Ser y deber ser.	53
II.1.4 Normas Jurídicas y Normas de Derecho.	57
II.1.5 La norma fundante.	59
II.1.6 Derecho y Estado.	64
II.1.7 Crítica a Kelsen.	66
II.2 Fundamentos filosóficos del Derecho Positivo de H. L. A. Hart.	69
II.2.1 Regla primaria y secundaria.	77
II.2.2 Reglas de reconocimiento.	79
II.2.3 Reglas de cambio.	79
II.2.4 Reglas de adjudicación.	79
II.2.5 Punto de vista interno y externo.	81
II.2.6 Textura abierta del lenguaje.	83
II.2.7 Contenido mínimo de la moral.	85
III.- Crítica de Ronald Dworkin a los fundamentos filosóficos del positivismo jurídico.	92
III.1 Reglas jurídicas y principios jurídicos.	96
III.2 Discrecionalidad.	100
III.3 Integridad.	104
III.4 El caso del Juez Hércules.	107
Conclusiones	

INTRODUCCION

El inicio del Siglo XX es una época de gran relevancia para el mundo filosófico-jurídico, ya que el positivismo, en todas sus formas, alcanza su plena madurez y efervescencia. Una época en donde se desarrollan teorías del derecho ajenas a la tradición del derecho natural. Una época en donde se observa un marcado descenso ético, donde se despliega el ser pragmático de teóricos del derecho y del estado, que contraponen la razón instrumental, el control, la fuerza y las cosas al ser humano, desplazan la dignidad de la persona humana, los valores y fines del derecho.

Al respecto, los razonamientos que son abordados en esta investigación surgen de ciertas reflexiones sobre los fundamentos filosóficos de las doctrinas, conceptos y enfoques teóricos de las más relevantes posturas filosóficas que han servido de base a la ciencia jurídica. Estas concepciones filosóficas son la Iusnaturalista o Derecho Natural y la Iuspositivista o Derecho Positivo; a lo cual Francisco de Vitoria nos da una primera aproximación de las mismas: "El derecho natural es aquel que es necesario, en cuanto que no depende de voluntad alguna. Y el que depende de la voluntad o el beneplácito de los hombres se denomina positivo¹".

Los supuestos del Iusnaturalismo y el Iuspositivismo, como objeto principal de la presente investigación, ofrecen proposiciones radicalmente opuestas que, aun cuando aparecen como evidentes en cada caso, del debate surgen problemas que plantean la necesidad de una permanente discusión e interpretación para provecho del hombre y, sobre todo, la indagación de la posibilidad de una vinculación entre vida humana y Derecho para el fortalecimiento y la reafirmación de un humanismo auténtico. Asimismo, el reestablecimiento de una recta razón humana que permita descubrir la ley natural a través de la contemplación de la naturaleza humana.

Juristas y filósofos del derecho, preocupados por el sentir, el juzgar y el actuar de los hombres que tienen la facultad de crear e impartir la ley, y ante todo, por revelarnos lo erróneo y la falsedad de algunos sistemas jurídicos supuestamente coherentes, completos y funcionales, han propuesto diferentes concepciones y alternativas de lo

¹ De Vitoria Francisco, *La Justicia*, pág. 15.

que es el Derecho, en la búsqueda de lo que es justo para lograr una armonía y una mejor convivencia entre los seres humanos.

En el primer capítulo, se definen algunos aspectos históricos a fin de comprender con la mayor precisión posible la evolución del Derecho ya que existieron diversos sucesos, que formaron e impulsaron el nacimiento y desarrollo de éste. Así mismo se analizan las tesis de los primeros iuspositivistas británicos, tal es el caso de Jeremy Bentham (1748-1832) y John Austin (1790-1859), hasta culminar en el Iuspositivismo del Siglo XX.

En el segundo capítulo se analiza la concepción Iuspositivista basada en el positivismo jurídico, desde la plataforma filosófica del Iuspositivista radical, el austriaco Hans Kelsen (1881-1973), seguido por el Iuspositivista moderado, el británico H. L. A. Hart (1907-1992).

Esta escuela en sus lineamientos generales, representa una manera especial de abocarse al estudio del Derecho; liga al derecho con la formación de un poder soberano capaz de establecer y aplicar sanciones. Estado en tanto que soberano, funda el principio de la estabilidad del derecho y presupone otras características como la teoría de la coactividad, la teoría de la norma jurídica, la teoría del derecho puro, correspondiéndole así, la primacía a la legislación. Es una teoría fundada en un sistema jurídico cerrado en donde el orden jurídico es concebido como un todo. El supuesto filosófico se fundamenta en un sistema que posee el atributo de la integridad, carente de lagunas y por demás coherente.

Esta postura afirma que ciertas prácticas y reglas sociales convencionales (derecho consuetudinario) acaban siendo formalizadas como leyes. Históricamente, en el siglo XIX, el positivismo legal empezó con los británicos Jeremy Bentham y su discípulo John Austin. Pero sin lugar a dudas, esta corriente tuvo tal auge, que en el siglo posterior alcanzó su máximo esplendor gracias al pensamiento de Hans Kelsen y H. L. A. Hart.

Por último, en un tercer capítulo, se aborda la crítica lusnaturalista del jurista y filósofo del derecho Ronald Dworkin quien refuta las posiciones del derecho positivo. A grandes rasgos puede decirse que el lusnaturalismo se ve determinado con base en una concepción general e hipotética de la naturaleza del hombre, que prescinde de toda verificación empírica y de toda prueba histórica. Al respecto, Albert Calsamiglia comenta lo siguiente:

Ronald Dworkin es un autor que rechaza explícitamente las doctrinas positivistas y realistas que han dominado el pensamiento jurídico en los últimos tiempos. Y precisamente rechaza el positivismo desde la *perspectiva metodológica*, una vía que permitía unificar la diversidad de escuelas positivistas. Una concepción del derecho que niegue la separación absoluta entre el derecho y la moral, y que no acuda a principios de justicia material preestablecido —como hacía el viejo lusnaturalismo— es una *doctrina peligrosa*.²

El lusnaturalismo, ha tenido como preocupación fundamental las concesiones que se le deben reconocer a los hombres para que logren una convivencia que le satisfaga sus necesidades e intereses. Desde esta postura filosófica el logro de una sociedad justa y equitativa es el objetivo propuesto.

Sin embargo, el desarrollo histórico de la sociedad no siempre ha conciliado la práctica de la justicia con sus derechos, así lo refiere el filósofo mexicano Luís Villoro al decir que “ninguna cultura singular cumple cabalmente esas condiciones. Siempre existirá una distancia entre orden normativo ideal y la situación real de cada cultura singular”³. Si nos detenemos a analizar el problema ante el derecho y la justicia veremos que la justicia es la igualdad de derechos y deberes entre los individuos, mientras que el derecho se define como el conjunto de normas coercitivas que regulan el comportamiento del hombre en la sociedad. Dos conceptos en plena vigencia y que reclaman su reconocimiento y permanente investigación cada vez más por los seres humanos.

² Calsamiglia Albert, prólogo a *Los derechos en serio*, pág. 8.

³ Villoro Luís, *los retos de una sociedad por venir*, pág. 146.

CAPITULO I

Desarrollo histórico del lusnaturalismo y del luspositivismo

Un análisis de la profunda e influyente teoría de la justicia de John Rawls, [nos mostrará] que nuestras instituciones sobre la justicia no solo presuponen que la gente tiene derechos, sino que entre éstos hay uno que es fundamental e incluso axiomático. Este derecho fundamentalísimo es una concepción inequívoca del derecho a la igualdad, que yo llamo el derecho a igual consideración y respeto.⁴

I.1 Surgimiento del Derecho

El hombre, en su afán de crecer constantemente de acuerdo a su capacidad racional, así como también, sentirse seguro y protegido como una inclinación inmediata de conservar la vida, según lo apunta el filósofo de Königsberg Immanuel Kant⁵ (1724-1808), ha experimentado cambios que le han permitido subsistir hasta nuestros días. Cambios en la naturaleza, los cuales primero lo obligaron a buscar refugios muy rudimentarios y, posteriormente, a construir moradas más desarrolladas para mantenerse seguro y en un solo sitio. Esta situación única produjo transformaciones en el ámbito social, pues le permitió relacionarse con los demás y así poder vivir en grupos y clanes.

Esta condición les dio a unos la capacidad de imponerse sobre los demás, y al mismo tiempo les dio a los demás la capacidad de pensar en quién los dirigía y los controlaba. Se establecía así la primera línea divisoria entre reyes y súbditos, o bien, gobernantes y gobernados. A lo cual el filósofo y teólogo medieval Tomás de Aquino (1225-1274), en su obra *Summa Teológica*, dice, “la vida social no se da si no hay al frente uno que la dirija al bien común pues la multitud de por sí, tiende a muchas cosas, y uno solo a una”.⁶

Así, cuando las personas comienzan a agruparse en comunidades y a medida que las relaciones interpersonales se vuelven más complejas y difíciles de controlar, es cuando surge el derecho en sus formas más elementales, pues esas sociedades se

⁴ Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, pág. 38.

⁵ Kant Immanuel, *Metafísica de las costumbres, Doctrina de la virtud* pág. 281.

⁶ De Aquino Santo Tomás, *Summa Teológica, “Tratado del hombre”*, 96 a.4, pág. 660.

ven obligadas a organizarse creando las reglas o normas de conducta, con el fin de ofrecer una convivencia más pacífica y sobre todo, dar certeza y seguridad a todos los miembros en comunidad.

Con el transcurrir del tiempo y en la medida que se van desarrollando las sociedades en sus diferentes manifestaciones, también la disciplina del derecho se establece y del cual surgen las leyes morales y las leyes jurídicas.

Las leyes morales son de orden interno, es decir, autónomas puesto que tanto el obligado como el creador de las normas son la misma persona, es decir, se autolegisla y son incoercibles; y las Leyes Jurídicas, como normas externas y sociales, son bilaterales, externas, heterónomas y coercibles o impuestas por los poderes públicos; tratan de mandar de un modo determinado la conducta externa del hombre; se aplican a toda la sociedad independientemente de su voluntad e implican la posibilidad de exigir su cumplimiento incluso de manera no espontánea al hacer, como ya se dijo, uso de la fuerza pública. Al respecto, nos dice Kant que: “Las obligaciones internas son imperfectas, puesto que no podemos ser coaccionados a tal efecto. Sin embargo, las obligaciones externas son perfectas, pues en ellas concurre además de la obligación interna la necesidad externa”.⁷

Sobre las normas jurídicas, el jurista y filósofo mexicano Eduardo García Maynez (1908-1993) nos da una definición de las características del Derecho:

Derecho es un orden concreto instituido por el hombre para la realización de valores colectivos, cuyas normas –integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible– son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de no observancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público.⁸

Al respecto, y como primera aproximación se puede deducir que el Derecho es una disciplina encaminada a garantizar el orden y la paz social, y dentro de sus atribuciones y facultades encontramos que es el encargado de suministrar justicia apoyándose en la igualdad y así, lograr el bien común de la sociedad. Aquí, la idea

⁷ Kant Immanuel, *Lecciones de Ética*, pág. 70.

⁸ García Maynez Eduardo, *Filosofía del derecho*, Editorial Porrúa, México, 1997, pág. 135.

del *Bien Común* expuesta por el filósofo griego Aristóteles (384 a. C. - 322 a. C.), exige ser referida a la totalidad de los miembros de una comunidad. Así como también, un deber y una responsabilidad de los poderes públicos, para proteger y salvaguardar la integridad física y sin ningún tipo de distinción a todos sus miembros.

Sin embargo, de acuerdo a la definición anterior, el jurista español, Manuel Atienza, sostiene que el derecho es ambiguo e indefinible y en el intento por definirlo por parte de notables juristas y filósofos, se llega a los niveles de *desesperación* por tratar de encontrar una definición integradora clara y precisa, y sobre todo por saber cuáles son sus propiedades y las atribuciones que le corresponden.

Ante la imposibilidad de tener una respuesta universal, sería preciso acudir a las diferentes concepciones que los juristas mismos nos han dado a través del devenir histórico, para así poder comprender por qué es tan complejo e indefinible. El problema posiblemente se establece en la multiplicidad de pensadores, así como de metodologías empleadas para ello. Eduardo García Maynez nos recuerda que:

Decía Kant, en su obra más famosa, que 'los juristas buscan todavía una definición para su concepto del derecho'. La frase del celebre pensador conserva aún, corrida la mitad del siglo XX, toda su actualidad y lozanía: los juristas siguen buscando, sin ponerse de acuerdo, el género próximo y la diferencia específica del objeto de su ciencia.⁹

Históricamente se visualizan dos grandes concepciones del Derecho que conforman el tejido metodológico, a saber: el iuspositivismo o Derecho Positivo y el iusnaturalismo o Derecho Natural, y, que a su vez, se bifurcan en toda una gran variedad de posiciones menores.¹⁰ Cada una de estas posiciones ha suscitado que el Derecho sea indeterminado. Cada una tiene su posición integradora, pero es imposible integrarlas todas debido al fundamento jurídico o presuposicional que tienen. Por supuesto que todos estos puntos se interrelacionan entre sí, y sus puntos de contacto y de divergencia deben ser reflexionados para provecho del hombre.

⁹ García Maynez Eduardo, *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*, pág. 11.

¹⁰ Tales como las concepciones: Analítica, Deóntica, Estructuralista, Iusrealista, Funcionalista, Historicista, Ecológica, Marxista y Semántica.

Ahora bien, en líneas arriba se ha mencionado que la finalidad del surgimiento del derecho es ofrecer una convivencia pacífica y armónica del hombre inserto en la sociedad, a lo cual, antes de continuar reflexionando acerca del derecho, se precisa determinar acerca del ser humano en el mundo y los derechos fundamentales que le son inherentes por naturaleza.

I.2 El derecho y la vida humana

Lo más adecuado es concebir al ser humano, al individuo, al sujeto, como un ser en el mundo, porque solo de este modo adquiere sentido y significación el reconocimiento de su propio ser. Ser en el mundo es ser con los otros, es decir, ser social.¹¹

El derecho se refiere indudablemente a la vida humana en sociedad; es un fenómeno social y, como tal, un producto cultural. Por tanto, al derecho se le ha identificado con un orden social imperante en cada sociedad. Ahora bien, la idea del hombre como ser social presupone forzosamente la existencia de la sociedad; de tal manera que el derecho es un elemento indispensable para coordinar y regular la coexistencia y convivencia de los hombres en sociedad al imponer un cierto orden.

El ser humano integrado a una sociedad toma a su consideración el cumplimiento de las normas jurídicas, y en el caso de romper o violar la ley será impuesto por la fuerza si es necesario, y es de imposición inexorable. Así, la norma jurídica está garantizada por el máximo poder social que es el Estado. Y es la necesidad de tal poder, es decir, la necesidad de seguridad social, por lo cual surge el Derecho. Al respecto nos dice el jurista austriaco Hans Kelsen que: “el derecho es un orden de la coacción, y en cuanto orden coactivo y conforme a su evolución, un sistema de seguridad y un orden de paz”.¹²

La aplicación que impone el derecho, tiene coherencia y justificación cuando se limita a las áreas externas de la convivencia social (instituciones, promulgación de leyes jurídicas, tribunales, cárceles, derechos y obligaciones, etc.) y gracias a este poder, el

¹¹ Magallón Anaya Mario, *José Gaos y el Crepúsculo de la filosofía latinoamericana*, pág. 104.

¹² Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, pág. 51.

hombre tiende a confiar en la regulación de sus relaciones con los demás, pudiendo así, concentrarse en su propia actividad individual de manera que asegure las condiciones más favorables para la expansión de cada persona y esto solo se logrará promulgando leyes justas y equitativas.

También se sigue que la persona por ser consciente y responsable, es sujeto de derechos y deberes. El derecho es la potestad de hacer u omitir, y, por lo mismo que la persona tiene dominio de sus actos, goza de potestad (física y moral) de hacer u omitir ciertas cosas. Sobre todo aquellas cosas que le son necesarias para realizar su propia naturaleza como finalidad. Mas, ya que requiere de ciertas cosas, a pesar de ser ontológicamente autónoma, tiene cierta dependencia social, y por ello tiene deberes, que son obligaciones en un ser dependiente que conoce y reconoce su dependencia.¹³

El hombre, en su auténtica y completa individualidad, con la capacidad de reflexionar sobre sí mismo y como integrante de un reino de valores únicos, ocupa un nivel mucho más elevado al Estado y al Derecho. El Estado y el Derecho valen en cuanto sirven como medios condicionantes y facilitan las vías para que la individualidad pueda cumplir los valores superiores a que está llamada, en este sentido el filósofo mexicano Alfredo Araujo señala que el ser humano visto desde una perspectiva ontológica¹⁴ es irreductible a cualquier capricho que surja de las instituciones como puede ser las aspiraciones de conquista y dominación por parte de pueblos poderosos, el enriquecimiento ilícito a costa del sufrimiento de los seres humanos, el querer reducir al ser humano a un objeto, o una simple mercancía.

Y es que el valor de la vida humana y, con ella, de la vida en sus diversas manifestaciones culturales, estéticas, intelectuales e incluso académicas, es estrictamente irreductible a cualquier otra entidad, aun a una entidad tan importante y necesaria como el sistema de gobierno con sus complejos mecanismos jurídicos, institucionales y coercitivos.¹⁵

¹³ Beuchot Puentes Mauricio, *Derechos Humanos, Iusnaturalismo y Iuspositivismo*, pág. 24.

¹⁴ Para el Dr. Araujo existen dos condiciones que posibilitan la existencia de los derechos del hombre. "La ontológica son la irreductibilidad, la autonomía y la interdependencia de la vida humana, y las condiciones epistémicas son la objetividad e información relevante. Araujo Martínez Alfredo, *¿Un mundo sin filosofía?*, Art. "Reflexiones en torno a la función social de la filosofía" Universidad de Colima, pág. 83.

¹⁵ Ídem, pág. 84.

Desde siempre, el ser humano aparece como un auténtico creador de cultura y es indudablemente el centro de esa cultura entendida como un conjunto de actos y obras que él hace en su vida (religión, filosofía, ciencia, arte, moral, derecho, estado, economía y técnica) por el cual crea obras que lo trascienden y lo hace un ser único. La acción humana va forjando el ámbito de la cultura donde aparece ante todo como quien es, el ser humano, para luego reflejar, desde esa realidad intrínseca suya, tanto sobre sí mismo como sobre el mundo de las cosas que crea y transforma y lo pone a su servicio personal y al de los demás mediante su expresión.

Así entendida la posición del ser humano en el mundo y su punto de gravitación final como los valores supremos que a él pueden referirse son los éticos, de aquí que la idea de la dignidad¹⁶ personal debe reinar siempre por encima de todas sus demás actividades. Al respecto, el filósofo mexicano Mario Magallón Anaya comenta que:

Si bien es cierto que existen rastros, vestigios de una actividad semejante y preocupada por el ser humano, por el hombre, que nos remonta, si se quiere, hasta Protágoras y Sócrates. Empero, desde el primer momento, la formulación temática de la pregunta por el ser humano, como interrogación expresa, se puede filiar directamente con Kant, quien veía en ella una vía, una instancia, un horizonte que podía unificar y conferir sentido a la búsqueda parcial de las restantes disciplinas filosóficas.¹⁷

Kant apunta la idea de que no es posible definir la persona, como no nos coloquemos en el plano de la ética, es decir, que a la persona no se le entiende examinándola en su ser, sino dándonos cuenta de que entraña una idea ética (de cómo es, de cómo debe ser). Y así, dice que personalidad es libertad en independencia del mecanismo de toda naturaleza; que los seres racionales se llaman personas en tanto que

¹⁶ El concepto de Dignidad procede del pensamiento kantiano para quien, “en el reino de los fines todo tiene un precio o una dignidad”. Ahora bien, las cosas que tienen precio, ya sea de mercado o efectivo, son sustituibles y por lo tanto son equivalentes, según términos kantianos. Pero relevante es lo que se encuentra por encima de todo precio y por lo tanto no admite nada equivalente, esto pues, tiene una dignidad, es decir, algo que puede ser fin en sí mismo y que solo tiene valor interior, esto es, una dignidad. Esta condición es precisamente la moralidad, pues en virtud de ella puede la humanidad participar en la legislación universal y por tanto, fin en sí misma. Es decir, la dignidad le atañe al ser humano por que es capaz de moralidad, capaz de pertenecer a un reino de fines como legislador autónomo, gracias a la libertad (el concepto de libertad es la condición de posibilidad de la autonomía y, por tanto, la base de la dignidad) que se le presupone a la voluntad de todo ser racional. Solamente de esta manera puede ser fin en sí mismo. En consecuencia “la moralidad y la humanidad en tanto que es capaz de la misma, es lo único que tiene dignidad. Kant Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, pág. 53.

¹⁷ Magallón Anaya Mario, *José Gaos y el crepúsculo de la filosofía Latinoamericana*, pág. 103.

constituyen un fin en sí mismo, es decir, algo que no debe ser empleado como mero medio, algo que por consiguiente (por virtud de esa idea ética), encierra albedrío, y que la persona es un ser enteramente diverso de las cosas, diverso por su rango y dignidad. Al respecto, el filósofo mexicano Mauricio Beuchot confirma lo anterior al decir que: "Immanuel Kant resalta el carácter axiológico y moral de la persona".¹⁸

Aquí las ideas de rango y dignidad representan algo por entero nuevo con respecto de las demás cosas; representan no solo unas características especiales, sino algo que se da en un plano ajeno a las cosas, algo que no deriva de un especial modo de ser, sino que se desprende de una consideración ética. Es decir, el ser humano se define atendiendo no sólo a la especial dimensión de un ser, como ser racional e individual, sino descubriendo en ella la proyección de otro mundo distinto del de la realidad, a saber, del mundo de la ley moral. Así lo manifiesta Kant:

Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza, tienen, empero si son seres irracionales un valor meramente relativo, como medios, y por eso se llaman cosas, en cambio los seres racionales llámense personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y por tanto, limita en este sentido todo capricho (y es un objeto de respecto).¹⁹

Como ser natural, el hombre está inserto en el mecanismo de la naturaleza, pero como ser racional se halla situado por encima de ese mecanismo, es superior a él, porque contrapone la ley del deber ser (ética y moral) a todas las leyes de la forzosidad natural.

El pensamiento de Kant en pleno vigor y vigencia ha de tenerse por una clara meditación en torno a la posición del hombre en el mundo, asimismo se orienta a todos los tiempos como temas clásicos y eternos pues ofrece una posición humanista²⁰ y del cual es pertinente recordar dos imperativos categóricos: "Obra de tal

¹⁸ Beuchot Puentes Mauricio, *Derechos Humanos, Iusnaturalismo y Iuspositivismo*, pág. 23.

¹⁹ Kant Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, pág. 48.

²⁰ El humanismo entendido como una corriente que se caracteriza por la creencia en la importancia fundamental de los seres humanos. El término implica un interés por la humanidad, en las acciones de los hombres y su potencial, antes que en Dios o los valores religiosos trascendentales, antes que en el mercado o los bienes materiales, antes incluso que en la cientificación y tecnocratización de la

manera que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio” y “Obra de tal modo, que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre, al mismo tiempo, como principio de una legislación universal”. Así, el proyecto y meta última de toda la filosofía kantiana es lograr una clarificación racional al servicio de una humanidad más libre, más justa y encaminada a la realización de los últimos fines.

I.3 Iusnaturalismo

Una vez realizadas precisiones fundamentales acerca del ser humano como lo más valioso, podemos seguir con el tema que nos ocupa, esto es, la concepción del derecho de los Iusnaturalistas y los Iuspositivistas en sus diferentes manifestaciones. Cada una de estas escuelas tiene su propia conceptualización, en el caso de la primera es el Valor y en la segunda, la Norma.

Así mismo, la propia historia del pensamiento jurídico-filosófico nos marcará la pauta en el orden de exposición, ya que la corriente de la filosofía jurídica que surgió inicialmente y que dominó durante varios siglos el campo de las doctrinas del derecho fue el Iusnaturalismo. Fueron los filósofos clásicos griegos los primeros en elaborar una doctrina del Derecho Natural, culminando en lo que hoy es el modelo moderno del derecho. El derecho natural se ha concebido como un sistema jurídico universalmente válido para todo tiempo y lugar y siempre el mismo, son previos cronológicamente a cualquier derecho positivo; aspira a formular normas justas, absolutas y permanentes que sirvan de criterio para el establecimiento de todo Derecho.

El término “natural” en el “derecho natural” se refiere a la naturaleza humana como el fundamento o criterio que determina las leyes positivas del Derecho. El hombre forma parte de la naturaleza y, dentro de ésta, tiene la suya propia. La naturaleza por sí sola orienta a ciertos fines como asegurar la supervivencia. Así, el hombre intenta alcanzar continuamente ciertos fines para lograr sus objetivos, es decir, las leyes que le ayudan

existencia, antes que en la razón de Estado y la sacralización del poder político, antes que en la mera satisfacción hedonista del hombre. “Ya en tiempos de Cicerón la palabra *humanitas* significaba la educación del hombre como tal, lo que los griegos denominaron *paideia*, y se reconocían en las “buenas artes” las disciplinas que forman al hombre por serle propias al hombre mismo, diferenciándolo de los otros animales”, Abbagnano Nicola, *Diccionario*, pág. 629.

a conseguir los fines naturales. Es por ello que estas leyes que están de acuerdo con los propósitos últimos del hombre, vienen a construir el derecho natural. Walter Eckstein define los derechos naturales del siguiente modo:

Derecho: En el sentido ético, acción conforme a la ley moral.
En el sentido legal, acción que se tiene sobre una persona o cosa, reconocida por la ley. Derechos políticos, facultad de ejercer ciertas funciones dentro de la formación y administración del Gobierno. Derecho de voto, derecho de ser elegido para cargos públicos, etc. Los derechos naturales, frente a los derechos positivos, son los que no se derivan de la ley positiva, sino de una "superior", la ley de la naturaleza. El derecho de vivir, el derecho de trabajar, de "perseguir la felicidad", son a veces considerados como derechos naturales.²¹

La posición iusnaturalista afirma que los seres humanos, por el simple hecho de serlo, heredamos un conjunto de facultades y garantías tales como la integridad física y la dignidad moral. Derechos que el hombre por naturaleza posee y son inherentes a la persona y se proclaman sagrados, inalienables, imprescindibles, y sobre todo, fuera del alcance de cualquier poder jurídico o político.

Son valores universalmente válidos, anteriores a cualquier organización social, afirma las libertades de la persona y la igualdad entre los grupos sociales que deben ser respetados por los poderes públicos y sociales. Son derechos fundamentalismos preexistentes a toda sociedad y pueden ser conocidos a través de la razón. El filósofo mexicano Mauricio Beuchot, iusnaturalista contemporáneo, afirma: "El derecho natural consiste no sólo en lo que establece la razón sino en lo que puede ser naturalmente conocido por el hombre".²²

Sobre esto último, en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Kant aclara que en la conciencia humana se encuentra enraizado el sentimiento de justicia, y fluye de una moral espontánea expresándose de un modo concreto a los problemas que surgen en la vida social. Es decir, Kant afirma que para tener una idea de lo bueno y lo malo, no es necesario ser un erudito o filósofo porque la moral se inserta en el reino de la conciencia y fluye naturalmente. Es sin duda un conocimiento

²¹ *Diccionario de filosofía* dirigido por Dagobert D. Runes, 1981, pág. 102.

²² Beuchot Puento Mauricio, *Derechos Humanos, Iuspositivismo y Iusnaturalismo*, pág. 109.

de justicia accesible a todos los hombres, un conocimiento innato por naturaleza, aún considerando su situación cultural a través de la historia humana.

Los derechos naturales o derechos humanos²³ como se les conoce en tiempos modernos y sobre todo a nivel institucional, han estado presentes a través del desarrollo de la historia, principalmente después de acontecimientos históricos relevantes como en gobiernos totalitarios donde se cometieron atroces violaciones a la dignidad humana. La defensa de los derechos surge a partir de toda una serie de movimientos sociales y filosóficos que cambian la concepción del ser humano que hasta entonces se tenía, generando cambios ideológicos y sociales de grandes dimensiones, primero en Europa y posteriormente en todo el mundo. Pero sin lugar a dudas podemos observar la relevancia que tienen los derechos naturales al ser reconocidos a través de convenciones y protocolos en el ámbito internacional y de constituciones políticas en el ámbito de cada Estado.

El desarrollo del concepto de derechos naturales en Occidente, se remonta a los pensadores griegos y romanos, principalmente Aristóteles formula este principio como universal sin embargo afirma que existen hombres que no tienen algunos derechos estos son: los esclavos. Posteriormente los filósofos Epicteto, Séneca, Cicerón y Marco Aurelio desarrollarán una concepción de la igualdad esencial de todos los hombres. Pero fue santo Tomás de Aquino quien desarrolló la teoría religiosa del “derecho natural”, al cual deben subordinarse todas las otras leyes del Estado. En los siglos XVII y XVIII, los filósofos de la ilustración, como Jean Jacques Rousseau, John Locke, el barón de Montesquieu, desarrollarán teorías sobre el derecho natural que provienen del uso de la razón, basándose en los derechos individuales, y normas sobre el Estado. Cronológicamente estas son manifestaciones más relevantes en defensa de los derechos fundamentales:

²³ En el siglo XX se renueva el concepto de derechos naturales por los derechos humanos, esto a consecuencia de los tratados de paz celebrados luego de las dos guerras mundiales. Por ejemplo, el Tratado de Versalles, se suscribió finalizando la primera guerra mundial y dio lugar a la creación de la Sociedad de las Naciones, como una organización internacional con sede en Ginebra (Suiza), la cual tuvo como finalidad primordial el cumplimiento de los tratados de paz y el mantenimiento de la paz, destacándose por su ayuda a los refugiados, la solución de conflictos entre Estados y la reconstrucción de Estados por los desastres de la citada guerra mundial.

La ley de las XII tablas

Es uno de los más antiguos códigos del derecho redactado entre los años de 451 y 450 a C. y se tomó como fuente el derecho oral existente en ese momento. Al parecer sus autores fueron 10 magistrados denominados decenviros y se escribió sobre tablas de bronce o madera que fueron colocadas en el principal foro romano. Se cree que estas tablas surgieron de las protestas por parte de los plebeyos romanos hacia los nobles patricios, al no recibir un trato justo e igualitario. Poco a poco fueron adquiriendo los plebeyos todos los derechos correspondientes a los ciudadanos. Se dice que dentro de las tres primeras tablas se establece el procedimiento para ejercer por parte de los ciudadanos romanos la defensa de sus derechos, y dentro de estas leyes quedan excluidos los sometidos a Roma, es decir, los esclavos.²⁴

La Carta Magna

Surge en Inglaterra en el año 1215, y es un documento constitucional en la cual se establecen una serie de cláusulas y concesiones sobre los derechos de la comunidad ante la Corona, El acoso de los problemas sociales por parte de los nobles normandos al oprimir a los anglosajones y las graves dificultades en la política exterior son motivos principales para el desarrollo de la carta magna y es finalmente aceptada por el rey Juan sin Tierra. Asimismo, “La trascendencia de *la Carta Magna* fue inmensa, tanto en la posterior evolución institucional inglesa como en el desenvolvimiento y consolidación jurídica de los derechos del hombre”.²⁵ A continuación se relacionan unas de sus principales cláusulas:

- Se instituye que 25 barones, mediante asambleas y comisiones, controlan el poder del rey.
- Ningún súbdito será sentenciado sólo por la voluntad del rey
- Se extiende la protección a los campesinos, comerciantes y artesanos que, anterior a la formulación de *La Carta Magna*, no poseían.
- La monarquía se compromete a respetar las libertades religiosas y políticas.²⁶

²⁴ *Enciclopedia Barsa*, 1970, Tomo 13, págs. 167-168.

²⁵ Pacheco Máximo, *Los derechos humanos, Documentos básicos*, ed. Jurídica Chile, 1987, Pról. IX.

²⁶ Ídem, págs. 1-11.

La Declaración de los Derechos Humanos y del Ciudadano

El 5 de octubre de 1789 fue aceptada por el Rey Luis XVI. Es uno de los acontecimientos más importantes de la Revolución francesa (fue un proceso social y político que se desarrolló en Francia y cuyas principales consecuencias fueron la abolición de la Monarquía Absoluta y la proclamación de la República). El propósito fundamental de este manifiesto es evitar la corrupción y los abusos de los gobiernos dando así, un conjunto de artículos y preceptos que toman en consideración la naturaleza del hombre y su finalidad en el mundo, y en definitiva como un conjunto de derechos y libertades considerados como inherentes a la naturaleza humana. Lo que implica necesariamente su aplicación y respeto por todo el poder político y jurídico. En su preámbulo se establece que:

Considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y la corrupción de los gobiernos...²⁷

La Declaración Universal de los Derechos Humanos

Fue proclamada y aprobada el 10 de diciembre de 1948 en París, tras finalizar la segunda guerra mundial y la derrota del nazismo. Fue un acontecimiento de mayores magnitudes que en la asamblea general de la ONU²⁸ en ese entonces estaba compuesta por cincuenta y dos países de los cuales votaron a favor del manifiesto exceptuado dos abstencionismos. La introducción a la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* da cuenta de la relevancia que esta tiene para la defensa de los derechos fundamentales del hombre. En uno de sus considerandos se lee lo siguiente:

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.²⁹

²⁷ Pacheco Máximo, *Los derechos humanos, Documentos básicos*, ed. Jurídica Chile, 1987, pág. 50.

²⁸ Es la Organización de las Naciones Unidas (ONU), fue fundada en 1945 después de la Segunda Guerra Mundial por miembros de 52 países. Es una organización internacional y se define como una asociación de gobiernos que facilita la cooperación en asuntos como: el derecho Internacional, la paz, y la seguridad internacional, el desarrollo económico y social, los asuntos humanitarios y los derechos humanos.

²⁹ Pacheco Máximo, *Los derechos humanos, Documentos básicos*, ed. Jurídica Chile, 1987, pág. 59.

Todos poseemos sin distinción alguna los derechos fundamentales, siendo así exclusivos e inherentes a todo ser humano, sin distinción de raza o religión, a lo cual necesariamente deben ser considerados para la promulgación de las leyes tales como: la libertad de pensamiento, de conciencia y religión; la libertad de opinión y de expresión; el derecho a no ser objeto de ingerencias arbitrarias en su vida privada; el reconocimiento de su personalidad jurídica; las garantías de seguridad individual contra acción arbitraria por parte de poderes políticos; derecho a la seguridad social; derecho a la vida; y como lo afirma el filósofo mexicano Luís Villoro “para poder ser libre ciertas necesidades mas elementales tienen que ser previamente satisfechas: Son la sobrevivencia (alimentación vestido, habitación, seguridad de vida) y las de convivencia (pertenencia a una comunidad humana)”.³⁰

Asimismo el derecho deriva de la esencia del hombre. El derecho es la suma de potestades y prerrogativas inseparables al ser humano, por tanto, el derecho como objeto de estudio se sujeta al derecho natural o justo que fundamenta el contenido del derecho, es decir, el derecho intrínsecamente justo, este último entendido como el valor de mayor trascendencia dentro del iusnaturalismo. Por tal motivo es indispensable acotar este concepto tan fundamental.

La justicia es entendida como uno de esos conceptos morales y jurídicos que reclaman su importancia universal y por consiguiente ocupan un lugar primordial en las teorías filosóficas y jurídicas. Todos poseemos sin lugar a dudas ese sentido de justicia que nos caracteriza como seres humanos, un conocimiento de la justicia no falta en ningún hombre cualquiera que sea su situación cultural o religiosa aunque sus contenidos puedan ser diferentes, esto es, al igual que la disciplina del derecho con sus diversas concepciones, el concepto de justicia observa una variedad de posturas filosóficas que han inspirado el pensamiento de occidente; sus dos grandes concepciones son la justicia por naturaleza y la justicia divina.

Al respecto, nadie ha influido con mayor profundidad en el pensamiento jurídico como lo hizo Aristóteles y sienta como fundamento de todo derecho humano un derecho

³⁰ Villoro Luís, *Los retos de una sociedad por venir*, pág. 39.

divino y originario, *lo justo por naturaleza*, al considerarlo uno solamente en todo lugar y es por naturaleza la mejor; constituye la norma crítica y la fuente creadora de toda legislación y jurisprudencia, y afirma que no depende de nuestra aprobación y desaprobación "... dando como razón que lo que es naturaleza es inmutable y tiene donde quiera la misma fuerza".³¹ Posteriormente en el cristianismo, a esta idea se unirá la doctrina bíblica de los ordenes de creación y de la exigencia de justicia, la religión encontrará una expresión tan poderosa de esta exigencia conformada por la idea de Dios infinitamente justo.

Esta concepción dominó el pensamiento jurídico de la Edad Media, del Renacimiento hasta la época de la ilustración. En esta última etapa, inicia el proceso de disolución, sobre todo la concepción cristiana de justicia, convirtiéndose en una idea solamente como producto de la razón, es decir, la norma de justicia sobrehumana y objetiva, se convertirá en el derecho racional. Así mismo, el historicismo romántico declaró la guerra a la idea de una justicia válida intemporalmente y en lugar de esa clásica concepción colocaron el pensamiento del devenir histórico. En el siglo XIX surgirá la máxima descomposición y marginación del concepto de justicia gracias al surgimiento del positivismo.

Retomando el hilo conductor, si la validez del derecho deriva de la esencia del hombre, entonces el derecho debe ser consustancial a la vida humana y ha de reconocer los criterios éticos y virtuosos que deben coincidir con la naturaleza del hombre. Se puede afirmar que es una vieja tradición que sabe reconocer en la naturaleza la base del derecho y por ende, de la justicia. Así, tenemos que tal concepción está en Cicerón: "El derecho no se funda en convicciones, sino en la naturaleza"³², cuya validez es objetiva y material.

Ahora bien, el iusnaturalismo desciende de dos grandes subdivisiones el iusnaturalismo teológico y el iusnaturalismo racional. Al respecto (recordando que esta investigación se centra en el siglo XX) daremos brevemente un recorrido histórico

³¹ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, Libro V, pág. 66.

³² Cicerón, *Pensamientos de Marco Tulio Cicerón*, pág. 52.

tomando en consideración las diferentes tradiciones y concepciones de la escuela iusnaturalista y lo dividiremos entre tres etapas; Grecia clásica, iusnaturalismo Teológico y iusnaturalismo Racional:

Grecia Clásica

Grecia es la cuna de la racionalización y la sistematización del pensamiento occidental, así como también del iusnaturalismo. En la antigua Grecia la filosofía presocrática se ocupó de la cosmología. Así, el primer iusnaturalismo es cosmológico pues el derecho expresa las fuerzas de la naturaleza, la cual se produce en obras literarias como la *Iliada* y la *Odisea*. Por ejemplo en la tragedia “Antígona” de Sófocles, la heroína, Antígona, hija de Edipo, da sepultura a su hermano Polinice (para los griegos quedar insepulto era peor que perder la vida misma), infringiendo así la prohibición de su tío, el tirano Creón; Antígona justifica su acción diciendo que “hay un derecho que es anterior y superior que el derecho escrito, que existe desde tiempos inmemoriales, que nadie sabe quien lo creó, que existe desde siempre”. Antígona es la heroína eterna del derecho natural que los antiguos llamaban la ley no escrita.

De aquí que para los filósofos griegos el derecho se basa en la ideas de justicia e igualdad. Principalmente *dike* considerada como la más alta y noble de las virtudes, es decir, para los filósofos griegos la exigencia de un derecho basado en la igualdad fue el fin más alto. “Se constituyó en la *arete* por excelencia desde el momento en que creyó poseer en la ley escrita, el criterio infalible de lo justo y lo injusto”.³³

Valor, Templanza, Justicia y Prudencia son virtudes que Platón considera dentro de su filosofía, la armonía de estas virtudes producen al hombre justo. Asimismo. Alfred Verdross apunta que “las leyes que se fundan en la naturaleza dice Platón en el dialogo las Leyes ‘son tan naturales como la naturaleza misma, si bien es cierto que son producto de la razón’”. Tal es la posición del Derecho Natural dentro de la filosofía de Platón.

³³ Werner Jaeger, *Paideia, los ideales de la cultura griega*, F.C.E. 1946, pág. 123.

Asimismo Platón afirmó...”que no es posible poner de manifiesto esas virtudes, sino dentro del marco de una filosofía de la sociedad”.³⁴ La ciudad debe estructurarse de acuerdo con las facultades y virtudes del individuo, por que en lo social las facultades y virtudes se repiten en los grupos o clases sociales particulares: los sabios, los guerreros y los artesanos y se produce esa coordinación en la medida en que cada grupo realiza sus tareas, es decir, en un Estado justo.

En tanto que Aristóteles en la *Ética Nicomaquea* establece un número mayor de virtudes³⁵ constituyéndose así los valores y fines del derecho a lo cual necesariamente la práctica de estas virtudes conduce a la felicidad. La justicia, para Aristóteles, es un derecho natural, natural en el sentido de que es real y no ideales a alcanzar sino verdaderas exigencias y “tiene la misma fuerza en todas partes”. Es la que marca de forma inmanente al conceptualizarla doblemente, lo justo por naturaleza y que es común a todos los hombres por sus rasgos de universalidad e inmutabilidad y lo justo por ley, las normas jurídicas las cuales cambian con el tiempo..

Ahora bien, la moral y el derecho no se sujetan a la “voluntad caprichosa del hombre, sino que están determinados objetivamente por la naturaleza misma del hombre y por la comunidad que se basa en aquella”³⁶. Asimismo, la fuente del conocimiento del derecho natural es la “recta razón humana”. Este derecho natural es dictado por la recta razón de los hombres y significa que cualquier acción debe corresponder a la misma naturaleza racional del hombre, porque el derecho se reduce a su contenido justo y natural.

La doctrina del derecho natural del pensador de Estagira tiene como base el pensamiento de que la naturaleza racional del hombre le impele hacia la vida comunitaria, despertándole el deber de vivir en sociedad.³⁷

El Estado para Aristóteles es una necesidad y constituye la unión perfecta que tiene por fin la virtud y la felicidad universal encaminada a la perfección de la vida, además,

³⁴ Verdross Alfred, ob. cit. pág. 54.

³⁵ En la *Ética Nicomaquea* Aristóteles distingue entre virtudes éticas y virtudes dianoéticas o intelectuales. Las primeras son, justicia, liberalidad, templanza y fortaleza, y las segundas “sean en número de cinco las virtudes por las cuales, afirmando o negando, el alma alcanza la verdad: arte, ciencia, prudencia, sabiduría e intuición” Libro VI, III. Pág. 75.

³⁶ Verdross Alfred, ob. cit. pág. 71.

³⁷ Ídem. pág. 71.

la justicia no puede darse fuera del Estado y el fin es llegar a la realización del bien común de la sociedad. Aristóteles define al ser humano, por su propia naturaleza como un ser político por excelencia al introducirlo en el mundo social y político. Así, el estado regula la vida de los ciudadanos mediante leyes, estas dominan la vida entera y el contenido de las leyes es la justicia.

El estado-ciudad más antiguo era para sus ciudadanos la garantía de todos los principios ideales de su vida. Significa participar en la existencia común. En tiempo alguno ha sido el estado en tan alta medida, idéntico con la dignidad y el valor del hombre.³⁸

Un momento cumbre para la concreción de todo el interés humanístico greco-latino se desarrollará con más fuerza gracias a la aparición del estoicismo³⁹, doctrina creada por los sabios especulativos griegos y recibidos y desarrollados por los sabios pragmáticos romanos, se genera así un derecho elevado en sus valores éticos pero al mismo tiempo realista en sus posibilidades de justicia práctica. La idea fundamental de los estoicos es que el hombre debe vivir de acuerdo a la naturaleza pues en la naturaleza está “la ley verdadera” y bajo una ley común, lo cual es vivir de acuerdo a la razón. La escuela estoica cree en una sociedad de género humano, más allá de los límites señalados por los estados políticos. “Para la *Stoa*, es a un mismo tiempo la previsión divina que todo lo rige, la ley natural que gobierna a la naturaleza, y la ley moral y jurídica que rige la conducta de los hombres”⁴⁰

El estoicismo afirma que en medio de la fatalidad de la naturaleza, existe en el hombre una libertad que jamás podrá destruir opresión alguna y es aquella que deriva de la supresión de las pasiones y de saber entender al corazón y a la conciencia. Así, Marco Tulio Cicerón (106-43 a. de C.), influenciado por el estoicismo enseñado por su maestro Posidonio (135-50 a. de C.) en la ciudad de Rodas, afirma que “la naturaleza no es otra cosa que el orden universal. En consecuencia “obrar bien” es

³⁸ Werner Jaeger, *Paideia, los ideales de la cultura griega*, F.C.E. 1946, pág. 131.

³⁹ El estoicismo como escuela filosófica había sido fundado en el año 300 a de C. por Zenón de Citio (Citio Chipre 335 Atenas 262 a de C.) El nombre se deriva de *Stoa* que significa pórtico, a propósito de un pórtico de Atenas donde Zenón enseñaba “que la razón que ordenaba al universo también debía ordenar el comportamiento humano”.

⁴⁰ Verdross Alfred, pág. 78.

compenetrarse de la necesidad que reina en el orden universal e inclinarse ante él”⁴¹. Cicerón distinguió la existencia de una ley ajena a la creada por los seres humanos, esta ley es eterna e inmutable “nacida al mismo tiempo que el espíritu divino, por lo que es una ley permanente, santa y celestial”.⁴²

En ese tiempo cuando Roma estaba llena de esclavos los estoicos hicieron hincapié en la hermandad de todos los hombres, se opusieron a la esclavitud y realizaron un enfoque más dirigido a los derechos naturales con base en la igualdad. Después del siglo primero, el estoicismo se convirtió en la filosofía de la clase gobernante de Roma dando así una relevancia preponderante al “deber”. Al respecto, Cicerón afirma:

Los hombres deben seguir a la naturaleza como a un dirigente, a fin de contribuir a la realización del bien y para fortalecer, mediante pretensiones recíprocas, dando y recibiendo y con nuestras obras trabajo y patrimonio, la comunidad del hombre con el hombre.⁴³

Iusnaturalismo Teológico:

Durante la decadencia de la civilización greco-latina, adviene el imperio del cristianismo, el cual se manifiesta en el arte, en la literatura y en un pensamiento filosófico recargado de teología. Sin lugar a dudas, la historia de occidente está determinada en gran parte por la influencia de estas culturas. Cabe recordar que el Antiguo Testamento presenta al derecho como la voluntad de Dios, esta concepción conlleva a la anulación de “cualquier investigación sobre la esencia y el contenido del Derecho, no existió la necesidad de distinguir entre derecho natural y derecho positivo”. El Nuevo Testamento confirmó que la idea de la voluntad divina era la fundadora del derecho. Particularmente, Filón de Alejandría (20 a de C. – 50 d de C.) ya afirmaba que las normas reveladas por Dios eran la ley natural misma. A partir de este pensamiento el derecho divino y el derecho natural “se mezclaron constantemente, al extremo de llegar a constituir una sola unidad”.⁴⁴

⁴¹ Idem, pág. 79.

⁴² Idem, pág. 81.

⁴³ Idem, pág. 84.

⁴⁴ Idem, pág. 87.

Así, los primeros pensadores cristianos intentaron armonizar los dogmas de la fe con las categorías de la razón y ello los llevó a leer la Biblia con un fervor dogmático y místico, pero a la vez con enfoques superficiales tomados de la razón. Esta concepción propone que la validez del derecho natural o justo, se origina en la naturaleza del hombre como “hijo de Dios”, es decir, la justicia viene de lo divino. Volvieron a ocuparse principalmente de Dios y el hombre volvió a ser un ser caído e imperfecto. Así surge el pensamiento teológico-filosófico de la Patrística o doctrina de los padres de la iglesia, con carácter neoplatónico y expuesta magistralmente por el romano africano Agustín de Hipona (354-430) en su obra *La ciudad de de Dios* donde transmite la idea jurídica de que “un orden de paz debe ser un orden de Dios basado en la justicia”.

En San Agustín encontramos que el derecho se presenta como la ley eterna de la razón divina, es decir, la *lex aeterna* es la razón divina o voluntad de Dios que manda conservar el orden natural y prohíbe perturbarlo o que dirige todo lo creado hacia sus propios fines. Al lado de la ley eterna se encuentra la ley natural que es la ley eterna inscrita en el corazón y la conciencia de los hombres. El obispo de Hipona sostiene que frente a la *lex naturalis* se encuentra la ley humana que deriva de la voluntad del legislador humano; pero para ser considerada como derecho debe ser justa y recta, es decir, debe participar de la ley eterna y natural. Así, “San Agustín puso de manifiesto la dinámica del derecho, pero al mismo tiempo, exigió que la ley positiva, siempre cambiante, se mantenga dentro de los inmutables principios fundamentales de la ley eterna”.⁴⁵

Posteriormente el derecho natural recogerá con Santo Tomás de Aquino (1225-1274), máximo exponente de la escolástica (escuela filosófica oficial de la iglesia católica), las principales ideas de la escuela estoica: entre ellas la más sobresaliente: su ética, pero la vinculará a la revelación de las Escrituras Sagradas del cristianismo reconocida por principio de autoridad como verdad indiscutible. A estos fundamentos se agregó también el sistema de pensamiento aristotélico.

⁴⁵ Verdross Alfred, ob. cit., pág. 107.

La imitación de la perfección, la igualdad de los hombres como producto de la naturaleza, el amor y la justicia son elementos constitutivos importantes de la vida social. Estos son mostrados en el pensamiento tomista como una ley, la ley natural, que a diferencia de la ley humana se impone absolutamente a todos. La cual se conoce por la razón y la fe. La razón y la fe se unen, por ello hay que entender para creer. La razón se funda en la naturaleza de las cosas.

Santo Tomás de Aquino, en la *Summa Teológica*, sostiene que la ley no es otra cosa que el dictamen de la razón práctica del príncipe que gobierna una comunidad o sociedad perfecta. Dios es el creador del Universo, éste es gobernado por la razón divina que dirige toda acción y todo movimiento; sus concepciones son eternas y, por tanto, rigen los destinos de todo el universo. La ley eterna es la razón divina que gobierna todo lo que existe mientras que la ley natural es la participación de la ley eterna en la criatura racional. De esta manera, las leyes humanas para poder ser consideradas verdaderas leyes nunca deberían contrariar a la ley de Dios.⁴⁶ Mauricio Beuchot expresa que Santo Tomás identifica distintos tipos de ley; la ley eterna de Dios, una ley natural y una ley positiva doble, divina y humana:

La ley eterna no es más que lo que dicta el entendimiento divino, el orden de las cosas según la inteligencia de Dios. Esta se plasma en la ley natural, que es ese orden de las cosas en cuanto está realizado en la naturaleza, como reflejo de la ley eterna que la piensa. La ley positiva debe adecuarse a la ley eterna y a la ley natural, y no contradecir ese orden objetivo entendido. Si es ley divina, manifiesta la inteligencia de Dios, que prescribe lo más conveniente al hombre; si es la ley humana, debe reflejar la razón del legislador y prescribir leyes que estén dentro del orden objetivo de las cosas, o que vayan contra él.⁴⁷

Por su parte, otros filósofos escolásticos se encargaron de estudiar y desarrollar las ideas de San Agustín y Santo Tomás, ellos son los padres españoles: Francisco de Vitoria (1483-1486), Gabriel Vázquez de Menchaca (1512-1569), Francisco Suárez (1548-1617), Fray Alonso de la Veracruz (1507-1584) Bartolomé de las Casas (1474-1566) y Domingo de Soto, considerados precursores o iniciadores del iusnaturalismo racional, así como los fundadores del Derecho de Gentes. Mauricio Beuchot afirma

⁴⁶ De Aquino Santo Tomás, *Summa Teológica*, pág. 88-123.

⁴⁷ Beuchot Puentes Mauricio, *Derechos humanos, iusnaturalismo y iuspositivismo*, pág. 158.

que en este periodo trascendente y dentro de un humanismo naciente surgen pensadores que defenderán los derechos naturales como inherentes al individuo y arraigados en la dignidad de la persona humana. El ser humano, integrado a una estructura social, debe su correspondiente dignidad jurídica, que como tal merece, así nos lo manifiesta Francisco de Vitoria “El derecho de gentes no sólo tiene fuerza por el pacto y convenio de los hombres, sino que tiene verdadera fuerza de ley”⁴⁸.

Iusnaturalismo racional

En esta escuela se sustituye paulatinamente la idea del Creador por el carácter racional del ser humano, esto es, que el derecho es válido porque resulta de la naturaleza del hombre como “ser racional”. La justicia está dada solo por los hombres. Este hecho llevó a que desde el siglo XIV, el hombre pase a ocupar el lugar central, el sitio que antes ocupaba Dios en la literatura, el arte y el pensamiento. Tan importante fue el aporte del humanismo al renacimiento que incluso preparó el camino para la Revolución científica.

El renacimiento surge a partir del redescubrimiento de los antiguos textos griegos y romanos, proceso que se inició en el siglo XIV con Francisco Petrarca (1304-1374) y que fue cultivado por numerosos pensadores. El humanismo se originó en Italia y se extendió a toda Europa gracias a la invención de la imprenta. Entre sus exponentes recordamos a Dante Alighieri (1265-1321), Francisco Petrarca, Giovanni Bocaccio (1313-1375), Pico Della Mirandola (1463-1494) y el holandés Erasmo de Róterdam (1466-1536).

Principalmente Giovanni Pico Della Mirandola fue un filósofo italiano célebre por su prodigiosa memoria, estudió hebreo y árabe y fue condenado por hereje y encarcelado. A su vuelta en Italia se hizo terciario dominico. Defendió que el hombre puede entenderlo todo, pero que es siempre un extraño en este mundo, el hombre está solo en su lucha pero la soledad del hombre es su grandeza y le acerca al infinito. Para Pico de la Mirándola el hombre está en el centro de todo lo que le acontece y

⁴⁸ De Vitoria Francisco, *Relaciones de estado, de los indios, y del Derecho de la guerra*, pág. 19.

siendo el milagro más grande de Dios, es el único capaz de determinar lo que quiere ser.

Por su parte el filósofo Erasmo de Róterdam se ordenó sacerdote, conoció a Tomás Moro (1478-1535) en Inglaterra, donde en 1509 escribió su obra cumbre “elogio de la locura”. Es considerado el padre del humanismo. Erasmo sostuvo la vuelta al antiguo cristianismo de los evangelios para efectuar una reforma cristiana del hombre y de la sociedad. Además impulsó la importancia del estudio de los clásicos y el compromiso con el pacifismo.

Una característica importante de los pensadores de este período es su oposición contra la autoridad establecida, principalmente de tipo religioso, la cual tiene entre sus resultados más significativos la reforma religiosa y el humanismo. Esta “rebeldía” trajo consigo un proceso de liberación con respecto a la teología, que dio como resultado un nuevo grado de naturalismo y racionalismo.

Ahora ya solo se podrá contar con la naturaleza del hombre. Se va dando además un proceso hacia el solo contractualismo entre los individuos. Es un iusnaturalismo que no depende de la idea de Dios, sino solo de la inteligencia del hombre.⁴⁹

En la evolución del iusnaturalismo se puede percibir un hilo conductor que permitió la transición del iusnaturalismo teológico al racional. El holandés Hugo Grocio (1583-1645) y el alemán Samuel de Pufendorf (1632-1694) contribuyeron a esta ruptura.⁵⁰ Para ello se apoyaron en la obra de los filósofos escolásticos, quienes abrieron la puerta del carácter racional del hombre como elemento fundamental del derecho. Grocio reconoció que el derecho deriva o resulta del instinto social y racional del hombre, es decir, entiende por naturaleza racional del hombre su naturaleza social. Así mismo, acepta que el creador de la naturaleza humana es Dios, sin embargo, aun cuando Dios no existiera la naturaleza humana mantendría su valor. “La fuente

⁴⁹ Beuchot Puentes Mauricio, ob. cit., pág. 119

⁵⁰ Son llamados padres de la llamada escuela iusnaturalista moderna, movimiento que se da a fines del siglo XVII y principios del siglo XVIII. Mauricio Beuchot cita a Antonio Gómez Robledo, pág. 119

inmediata del derecho natural es la naturaleza misma del hombre, que nos impulsa a la vida en sociedad”.⁵¹

La evolución del derecho natural, se consolida con la separación entre la ciencia del derecho y la teología. Esto se logra, esencialmente, por el desarrollo de la escuela del derecho natural que se funda gracias a los movimientos de la Ilustración y la Enciclopedia*. Estos relevantes acontecimientos derivaron en las concepciones individualistas y liberales que dominaron el campo de las doctrinas filosóficas, jurídicas y políticas durante los siglos XVI al XVIII, época que ve surgir a grandes filósofos y humanistas.

En Inglaterra emergen dos importantes filósofos empiristas, Thomas Hobbes (1588-1679) y John Locke (1633-1704), para los cuales los derechos naturales se ven orientados hacia el ser humano. Este último asienta las bases del derecho natural como el derecho de la razón, es decir, el empirista inglés admite que al lado del derecho natural está la ley de la razón. “la ley natural’ enseña a los hombres que solamente en una situación de paz pueden disfrutar de sus primitivos derechos.⁵² Asimismo afirma que el estado natural del hombre es la igualdad entre los seres humanos y la unión de razón e igualdad produce en la vida social la garantía de relaciones sociales estables y duraderas.

Locke –en oposición a Hobbes– rechazó la idea del sometimiento total de los ciudadanos al poder del Estado y sostuvo que los hombres, al suscribir el contrato social, se *reservaron* los derechos naturales a la vida, a la

⁵¹ Verdross Alfred, ob. cit, pág. 176

* La Ilustración se presenta como un movimiento intelectual iniciado en Francia, que se va extendiendo por toda Europa a lo largo del siglo XVII, es la postura crítica que adopta la burguesía frente al orden establecido, es decir, la oposición a lo sobrenatural y lo tradicional. El ideal de este movimiento es la racionalidad, la búsqueda de la felicidad, la creencia en la bondad del hombre, el optimismo y el laicismo. “La Ilustración no es solamente empeño crítico de la razón; es además el empeño en valerse de la razón y de los resultados que ella puede obtener en los diferentes campos de investigación para mejorar la vida del hombre”, Abbagnano Nicola *Diccionario de filosofía*, pág. 650. Por su parte, la ilustración francesa adopta el concepto de Enciclopedia con el objeto de difundir las ideas de este movimiento. Son un conjunto de 17 volúmenes editados en París entre 1751 y 1772, por Denis Diderot y Jean Le Rond d’Alambert, con el fin de aplicar la luz de la razón en todos los campos del saber y en especial aquellos relacionados con la concepción política, social y religiosa de la época.

⁵² Verdross Alfred, ob. cit. pág. 191.

libertad y a la propiedad; por tanto el Estado es solamente titular del estado *limitado*. [...] el procedimiento adecuado era la división de poderes.⁵³

Asimismo, surge el movimiento ilustrado en filósofos como Rousseau y Voltaire mismos que defenderán no solo los derechos naturales de los individuos sino que además agregarán el contractualismo el cual consiste en la concepción de un pacto o contrato social que ofrecen bajo ciertas diferencias⁵⁴. Para ellos, el Derecho surge de la naturaleza humana y no de los designios y la voluntad divina. Así, el ser humano funda el derecho a partir del carácter social y racional, pero, a la vez, sin olvidar principios inmanentes al hombre como son: la libertad, la justicia, la seguridad. Al respecto, Manuel Atienza describe esta postura de la siguiente manera:

- a) Existe una ley natural que la razón universal de los hombres puede descubrir incluso con anterioridad a la formación de la sociedad (en el estado de naturaleza).
- b) Esta ley confiere a cada individuo en el estado de naturaleza unos derechos imprescriptibles: los derechos naturales.
- c) El origen del Estado es un pacto, un contrato, por razón del cual los gobiernos están obligados a respetar los derechos naturales de los particulares.⁵⁵

El iusnaturalismo racional marca una nueva etapa en la historia de la humanidad, ya que es una corriente que rompe los esquemas establecidos en el mundo al quitar los esquemas religiosos que dominaron el panorama filosófico durante mucho tiempo. Su objeto principal consiste en otorgar derechos al hombre, que le permitan un poder moral para hacer, omitir o exigir algo; derechos que se les otorgue por igual a todos los seres humanos. El derecho natural se basa únicamente en la ley moral contenida en la razón humana, y de las exigencias de esta razón se deducen los derechos del hombre. Finalmente y como conclusión a este subcapítulo, Mauricio Beuchot afirma lo siguiente:

Hay aquí una imagen del hombre, un paradigma, pues el derecho está en función de la naturaleza humana, y ésta es la razón, la racionalidad. La razón es histórica y cambia, y, sin embargo, tiene un sustrato permanente

⁵³ Ídem, pág. 192.

⁵⁴ Beuchot Mauricio, *Derechos Humanos, Iuspositivismo y Iusnaturalismo*, pág. 120.

⁵⁵ Atienza Manuel, *Introducción al derecho*, pág. 118.

de principios y leyes inmutables, pero que se van adaptando al paso de la historia, así también la ley natural contiene un núcleo de estabilidad, pero también implica adaptación e historicidad en algunos detalles; es universal y sin embargo se encarna concretamente en lo particular; es una estructura dinámica, con un aspecto de fijeza y necesidad, pero así mismo con un aspecto de movilidad y singularidad. Este derecho natural recoge las propias necesidades y aspiraciones inherentes en el género humano. Tienen la necesidad de la esencia.⁵⁶

Como se menciona más adelante, en el siglo XIX el iusnaturalismo pierde vigencia para las corrientes dominantes de esa época del pensamiento jurídico, esto es, para el iuspositivismo. Sin embargo, en la segunda mitad del siglo XX, el iusnaturalismo experimenta un renacimiento preponderante, o como lo expresa el jurista Manuel Atienza el *renacimiento del derecho natural*, sobre todo en Alemania, a consecuencia del régimen nacionalsocialista, renace a partir del desastre material y moral al que llegó aquel régimen del pueblo germano. Así, se puede considerar que es en Alemania donde resurge el deseo de buscar un sistema de valores que el derecho natural puede ofrecer.

I.4 Positivismo: Surgimiento y expansión

Desde la mitad del siglo XIX hasta comienzos del siglo XX la teoría del derecho natural fue profundamente relegada a consecuencia del auge del movimiento positivista, dando como resultado, la ruptura radical entre la Moral y el Derecho. Aquí, el bien y la justicia, pasan a ser defendidos exclusivamente por el legislador mediante su voluntad, en otras palabras, el concepto del derecho positivo, es una corriente de pensamiento jurídico que considera al derecho como una creación del ser humano. El hombre crea el derecho, las leyes, siendo estas la voluntad del soberano. Al contrario del derecho natural, el cual el derecho está en el mundo, y el hombre se limita a descubrirlo y aplicarlo. Presentemos una definición, inspirada en el derecho positivo de Hans Kelsen y expuesto por Alfred Verdross:

La ciencia del derecho no es una ciencia de la naturaleza, sino una ciencia normativa, ya que considera a los fenómenos sociales desde el punto de vista del principio de “imputación” esto significa –en el pensamiento Kelseniano– el enlace de un hecho con una consecuencia jurídica mediante la cópula “debe”. Esta consecuencia jurídica es de naturaleza coactiva.⁵⁷

⁵⁶ Beuchot Puente Mauricio, ob. cit., pág. 169.

⁵⁷ Verdross Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, pág. 289.

Frente a esta concepción kelseniana, los Iusnaturalistas afirman que el derecho es derecho en cuanto que es justo, cuando respeta el orden natural del hombre. Manuel Atienza expresa que:

La concepción iusnaturalista de la justicia perdió gran parte de su vigencia a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, una vez que los principios del iusnaturalismo racionalista, pasaron a informar el Derecho positivo del <nuevo régimen>.⁵⁸

El rechazo del iusnaturalismo racional y teológico, según el cual la naturaleza humana está dotada de un carácter inmutable y universal, dio paso a una concepción del derecho como producto de la voluntad del hombre. A esta doctrina se le identifica comúnmente con el nombre de positivismo y es en el francés Augusto Comte (1798-1857) donde suele atribuirse la creación del término positivo, como propio de las ciencias sociales; Comte trasciende así, por haber sido el fundador de la corriente así denominada.

El pensamiento de Comte es fundamental en esta importante transición, pues al igual que el filósofo escocés, David Hume (1711-1776), rechazan todas las construcciones y razonamientos metafísicos. El escepticismo de Hume está plasmado en su obra principal *Investigación sobre el entendimiento humano* y sus propuestas fueron muy importantes para la futura filosofía, al establecer tres premisas fundamentales:

- a) Todo conocimiento puede subdividirse en las categorías mutuamente excluyentes “relaciones entre ideas” y “cuestiones de hecho”.
- b) Todo conocimiento de las cuestiones de hecho vienen dado en, y surge de, impresiones sensibles.
- c) Un conocimiento necesario de la naturaleza presupondría el conocimiento de la conexión necesaria entre sucesos.⁵⁹

Con estos tres postulados Hume realizó una demarcación importante entre los enunciados necesarios de la naturaleza y los enunciados contingentes de la ciencia empírica.

⁵⁸ Atienza Manuel, *Introducción al derecho*, pág. 111.

⁵⁹ Losse John, *Introducción histórica a la filosofía de la ciencia*, Madrid Alianza Editorial, 1981, págs.112-113.

Asimismo, Comte parte de una época de tránsito entre la infancia del espíritu y su madurez, el cual culmina en el estado positivo y lo llama “Ley de los tres estados”. Comte describió e identificó tres etapas en la evolución del pensamiento humano. La primera etapa se le conoce como “estado teológico”; a la segunda como “estado metafísico”; y, a la tercera y última como “estado positivo”.

Sin duda el derecho ha pasado por estas tres etapas (se recordará que las dos primeras fueron arriba analizadas). En un principio y con gran énfasis durante la Edad Media, el derecho fue identificado por el iusnaturalismo teológico con la voluntad de Dios o con la revelación divina. Desde el renacimiento hasta mediados del siglo XIX, el derecho fue explicado por el iusnaturalismo racional como algo de acuerdo con la naturaleza del hombre como ser racional.

En cuanto a la última, Comte plantea la necesidad de pasar a la *era positiva*, en la cual la ciencia sólo dependerá de la observación empírica y de la conexión de hechos mediante la experiencia, como los únicos sistemas efectivos para un ejercicio verdaderamente científico. En la elevación de la razón y la ciencia como únicas guías de la humanidad capaces de instaurar el orden social sin apelar a oscurantismos teológicos y metafísicos:

El espíritu de la doctrina positivista que hoy se trata de establecer, proponiéndose como fin aplicarlo al estado presente de la especie humana civilizada y no considerando los estadios anteriores mas que como necesarios de observar para establecer las leyes fundamentales de la ciencia.⁶⁰

La evidente intención de reforma social de la filosofía de Comte puede verse en el claro enfrentamiento con las propuestas ilustradas del inglés Thomas Hobbes (1588-1679), del filósofo francés Voltaire (1694-1778), del ginebrino Jean Jacques Rousseau (1712-1770) del filósofo alemán Immanuel Kant (1724-1804). Comte toma como trasfondo la Revolución Francesa, y acusa a estos autores de generar utopías metafísicas irresponsables e incapaces de otorgar un orden social a la humanidad, es decir, la revolución francesa fue la demostración de que el antiguo orden no podía

⁶⁰ Comte Augusto, *La filosofía Positiva*, Editorial Porrúa, Trad. Francisco Larroyo, pág. 24.

seguir siendo el mismo, y que era necesario un nuevo orden a partir de la doctrina de la ciencia.

Los problemas sociales han de ser analizados, explica Comte, desde una perspectiva científica positiva, que se fundamente en la observación empírica de los fenómenos, y que permita descubrir y explicar el comportamiento de las cosas en términos de leyes universales, susceptibles de ser utilizadas en provecho de la humanidad. También afirma que solo la ciencia positiva podrá hallar las leyes que gobiernan no sólo la naturaleza, sino la propia historia social, entendida como la sucesión y el progreso de determinados momentos históricos llamados estados sociales.

Así, la finalidad de las ciencias, en esta época trascendental, se funda en el control y el dominio de la naturaleza y la sociedad. La búsqueda de acontecimientos estables entre los fenómenos, derivando en la construcción de leyes que permitan predecir el futuro, como paso previo a todo control. Comte lo explica de la siguiente manera: “El verdadero espíritu positivo consiste ante todo, en *ver para creer*, en estudiar lo que es, a fin de concluir de ello lo que será”.⁶¹

La aparición y el desarrollo del positivismo se da porque la primera mitad de XIX se caracterizó por un acelerado romanticismo; pues casi todos los pensadores de ésta época, estructuraron la vida a través de cosas abstractas. Y por ello, en la segunda mitad del siglo XIX surgieron diversas corrientes eminentemente materialistas, entre las cuales destacan principalmente: en la Europa Continental la postura reformista y en Inglaterra la jurisprudencia Analítica.

La doctrina clásica del derecho natural, lo mismo que las filosofías históricas del Derecho sostenidas por Savigny, Hegel y Marx se caracterizan por un fuerte elemento metafísico. Estas teorías trataron de explicar la naturaleza y el significado del Derecho por referencia a ciertos principios últimos, concebidos como operantes más allá de la superficie empírica de las cosas. Ni la “razón eterna” de los filósofos iusnaturalistas, ni el “espíritu del pueblo” y las “fuerzas que operan silenciosamente” de Savigny; ni el “espíritu universal” de Hegel, que hace pasar la antorcha de la evolución de una nación a otra; ni la “desaparición del estado” en la sociedad comunista de Marx, pueden ser juzgados y medidos en términos del mundo empírico.

⁶¹ Comte Augusto, *La filosofía Positiva*, Editorial Porrúa, Trad. Francisco Larroyo, pág. 72.

Todas estas construcciones son metafísicas porque van más allá de la apariencia física de las cosas y parten del supuesto de fuerzas invisibles y causas últimas que hay que buscar más allá de lo hechos de la realidad.⁶²

Aunado a lo anterior, a inicios del siglo XIX, el éxito que tuvieron las ciencias naturales, al tratar de analizar los hechos inmediatos de la realidad, preparará las bases para que el positivismo proponga su método de explicación de las ciencias naturales en las ciencias sociales.

Ahora bien, en las primeras décadas del siglo XX, el positivismo tomará una nueva y radical forma, pues se sumará a esta postura el calificativo “lógico”, al extender los descubrimientos a la ciencia de la lógica y la lógica simbólica. Llega así a su máximo esplendor con el surgimiento del *Círculo de Viena*, fundada en 1929, y cuyos principales representantes se consideran herederos de la tradición empirista vienesa del siglo XIX, íntimamente relacionada con el empirismo inglés, que había culminado con la postura rigurosamente antimetafísica y positivista del físico y filósofo austriaco Ernest Mach (1838-1916). Ellos son, Mortiz Schlick (1882-1936), Rudolf Carnap (1891-1970), Otto Neurath (1882-1945), Hans Reichenbach (1891-1953), Hans Hahn (1879-1934) y otros.

La filosofía del *Círculo de Viena* se expresa con toda claridad en *Lenguaje, verdad, y lógica* del filósofo inglés A. J. Ayer (1910-1989). Para los representantes del círculo de Viena, en su base principal, la misión de la ciencia se funda en el análisis del fenómeno, mientras que la responsabilidad de la filosofía consiste en la clasificación lógica de las ideas.

La doctrina de Ayer y de todo el positivismo lógico se apoya en el principio de verificabilidad, en cuanto que afirma que el sentido de una proposición deberá estar comprobado en su verificación de verdad o falsedad, proceso que se manifiesta en la experiencia empírica como una realidad y una posibilidad. Entonces, solamente serán significantes aquellas proposiciones verificables científicamente, en el sentido de ciencia positiva. Al respecto, Rudolf Carnap dice:

⁶² Bodenheimer Edgar, *Teoría del derecho*, pág. 304

Llamaré metafísicos a todos aquellos enunciados que pretenden describir conocimientos acerca de algo que se encuentra sobre o más allá de toda experiencia, por ejemplo: la verdadera Esencia de las cosas, acerca de Cosas en Sí mismas, del Absoluto y de cosas parecidas.⁶³

Tienen valor cognoscitivo las proposiciones de la ciencia empírica que versan sobre objetos, propiedades y relaciones de nuestro mundo. También tienen valor cognoscitivo las proposiciones de la sintaxis lógica, que se ocupan de signos, con independencia de cuál sea su significado. La filosofía se reduce a ser la sintaxis lógica de la ciencia; fuera de esto no hay conocimiento. Sin embargo, además del significado cognitivo de una proposición, sea empírico o lógico-sintáctico, cabe un significado emotivo, en virtud del cual al usar una proposición expresamos nuestras emociones e influimos en la conducta de los demás. Tal es el significado de las proposiciones de la metafísica.⁶⁴

De acuerdo a lo anterior, los empiristas lógicos hicieron hincapié en que sólo hay una clase de conocimiento y este es el conocimiento científico; que cualquier conocimiento válido tiene que ser verificable en la experiencia, y por lo tanto, mucho de lo que había sido dado por bueno por la filosofía no era ni verdadero ni falso, sino carente de sentido. Se concluye que el desarrollo del positivismo lógico culminó en la unión y análisis de toda la ciencia natural y social, y a su vez excluyó de las ciencias toda especulación teológica y metafísica.

Posterior al positivismo lógico, surgirá como centro de toda filosofía, la filosofía del lenguaje y entre sus más celebres representantes destacan: el matemático y filósofo alemán, Friedrich Ludwig Gottlob Frege (1848-1925), el británico George Eduard Moore (1873-1958) y el británico Bertrand Russell (1872-1970) y como el más célebre filósofo positivista a Ludwig Wittgenstein (1889-1951) por ser considerado dentro de esta última tendencia, el pensador más sugerente y divulgado, gracias a su gran obra el *Tractatus logico-philosophicus*, en el cual argumenta acerca del abuso del lenguaje por parte de la metafísica. Para este filósofo y matemático, la filosofía es una lucha

⁶³ Carnap Rudolf, *filosofía y Sintaxis*, pág. 11.

⁶⁴ Acero, J. J., *Filosofía y análisis del lenguaje*, Madrid Cincel, 1985, págs. 23-25.

contra el embrujamiento de la inteligencia por medio del lenguaje. En palabras del filósofo belga Jean Ladriere, la filosofía de Wittgenstein se resume así:

Esta doctrina de Wittgenstein, relativa al sentido de las proposiciones es donde nace el famoso “principio de verificabilidad”, que es uno de los principios fundamentales del neo-positivismo: una proposición está dotada de sentido cuando es verificable y sólo cuando es verificable... y el sentido de una proposición se identifica con el método de su verificación.⁶⁵

Pues bien, si se analiza el sentido de las proposiciones filosóficas, según Wittgenstein, es preciso calificarlas como *sin sentidos*, porque son supraempíricas. Las proposiciones que versan sobre lo supraempírico no figuran nada, son sin sentidos.

Posteriormente, el jurista H.L.A. Hart tomará la postura filosófica analítica del lenguaje representada por Wittgenstein dentro de la segunda etapa de su vida de este último, para dotar de un impulso renovador a la jurisprudencia analítica, y el cual será ampliamente desarrollado en el segundo capítulo.

De este modo, el positivismo invadió todas las ciencias naturales y sociales, y la doctrina jurídica no fue la excepción. El positivismo jurídico, como se verá a continuación, también rechaza toda especulación teológica y las construcciones metafísicas, y a la vez, insistirá en la separación definitiva del derecho con la ética, la moral y la religión, y su independencia de toda consideración valorativa.

I.5 Iuspositivismo

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, la aparición del positivismo fue consecuencia del auge alcanzado por las ciencias naturales haciéndose sentir en todas las disciplinas culturales, inclusive en el derecho, pues nació como una negación rotunda de las concepciones anteriores y constituyó una revolución en los campos científicos. Esta particular concepción del derecho se edifica en la pretendida separación del contenido axiológico y filosófico, siendo un producto solamente de la voluntad del legislador; pretende separar totalmente el derecho de toda moral y ética objetiva afirmando que el derecho no es una ciencia de la naturaleza, y queda

⁶⁵ Ladriere J., *Ateísmo y Neopositivismo, El ateísmo contemporáneo*, Madrid, 1971, pág. 396.

reducido exclusivamente a la normatividad, es decir, a la ley positiva, entendida como un derecho establecido y existente para un tiempo y un lugar determinados.

Alfred Verdross, expone que es suficientemente sabido que el positivismo jurídico sostiene que no hay más derecho que el derecho positivo. Esta afirmación puede no obstante entenderse de dos maneras distintas; la concepción positivista radical, entiende que el derecho natural es una simple ideología, que puede, si acaso, ser utilizada por los críticos para fortalecer o debilitar al derecho positivo, pues está fuera de duda que entre esta corriente y la doctrina del derecho natural existe una contradicción insalvable. Apartándose de esta postura extrema, los representantes del positivismo moderado, se contentan con la afirmación de que el término “derecho” debe reservarse para el derecho positivo, sin que ello implique el desconocimiento de la existencia de un orden jurídico superior. Y es que el positivismo jurídico moderado, se propone como tema la ciencia del derecho, concebida como el análisis de las normas efectivamente vigentes, cualquiera que sea su contenido, y deja a la ética, o ciencia de la moral, la consideración de su validez intrínseca.⁶⁶

I.5.1 La teoría del derecho positivo de Jeremy Bentham

Bentham insistía en una completa codificación del derecho que [...] contribuiría a la certeza jurídica y a una aplicación rápida y mecánica por parte del poder judicial y de las normas promulgadas en forma de ley.⁶⁷

El precursor de la corriente iuspositivista fue, por parte del utilitarismo, el inglés Jeremy Bentham (1748-1832) quien afirma su posición como mandato o norma pronunciada por la voluntad del Estado, postura que será llevada a sus consecuencias más extremas por el positivismo analítico de John Austin. Con particular ahínco combate la tesis del nacimiento contractual del Estado, expuesta por los representantes del iusnaturalismo racional. “El origen del Estado no es un pacto. El poder del Estado es un poder de hecho que deriva del que tiene la mayor fuerza material”⁶⁸ que es el soberano.

⁶⁶ Verdross Alfred, Ob. Cit, págs. 398-399.

⁶⁷ Bodenheimer Edgar, *Teoría del derecho*, pág. 314.

⁶⁸ Atienza Manuel, *Introducción al Derecho*, pág. 118.

Bentham se inscribe dentro de la corriente empirista, de modo que anula la doctrina de los derechos naturales calificándola de “fantasmas” y afirmando que los derechos solo pueden ser creados por el soberano, también rechaza las ideas innatas adoptadas por los iusnaturalistas, y entiende la razón como una facultad que opera a partir de los datos de los sentidos; en este caso se identifica como una facultad calculadora, experimental y capaz de encontrar las consecuencias de las acciones. Al respecto, Manuel Atienza comenta que, para Bentham “lo único que hay de natural en el hombre es un conjunto de sentimientos, de inclinaciones hacia la felicidad [...] que es preciso armonizar según el principio de utilidad”.⁶⁹

El utilitarismo tal como lo enseña Bentham, encierra toda una ética del más desarrollado positivismo de la época, cuya raíz común sirvió para que éste se convirtiera en una de sus principales doctrinas sociales de su tiempo. Las ideas reformistas en el ámbito del utilitarismo se combinan en las teorías de las penas y las recompensas. Así como también su razonamiento de que lo útil es sinónimo de valioso y equivalente de la felicidad.

El filósofo inglés retoma una tradición filosófica que nace del hedonismo del griego Aristipo de Cirene (435 a de C - 350 a C) y se prolonga en el filósofo francés Claude Adriene Helvetuis (1715-1771), al afirmar que la naturaleza ha colocado al ser humano bajo el dominio de dos amos: el placer y el dolor. Así, la vida del hombre está dominada por dos impulsos: el deseo de felicidad y la voluntad de evitar el dolor. “El hedonismo se distingue del utilitarismo del siglo XVIII porque este pone el bien en el placer del máximo número posible de personas, o sea la utilidad social y no en el placer individual”.⁷⁰

Bentham sostiene que el papel de la sociedad consiste en no sólo tener en cuenta esos impulsos básicos del ser humano, sino regirse estrictamente por ellos, al grado que dirigir una sociedad se fundará en estos principios.

⁶⁹ Atienza Manuel, *Introducción al Derecho*, pág. 118.

⁷⁰ Abbagnano Nicola, *Diccionario de filosofía*, pág. 602.

Según Bentham el principio de utilidad o principio de máxima felicidad, proporciona una norma de lo que es justo o injusto, correcto o incorrecto: aprueba o desaprueba cualquier acción de acuerdo con la tendencia que parece tender a aumentar o disminuir la felicidad, cuyo interés está en cuestión. En otros términos, el principio de utilidad, según Bentham afirma que debemos promover el placer, el bien o la felicidad (que son una y la misma cosa) y evitar el dolor, el mal y la desdicha. Con el fin de elegir lo que es bueno, es necesario establecer un cálculo de placeres y dolores. Placeres y dolores son juzgados según los siguientes criterios: intensidad, duración, certidumbre o incertidumbre, proximidad o alejamiento, fecundidad y alcance, esto es, el número de gente afectada.⁷¹

Bentham comprueba sin dificultades que, a lo largo de la historia, el hombre se ha regido por intereses, es decir, por una encarnizada búsqueda del placer. Por supuesto, este intento puede entrar en conflicto con la misma apetencia de otros hombres. De allí que el principio utilitarista no pueda ser confinado al ámbito de la individualidad: para alcanzar su verdadero despliegue, el utilitarismo tiene que ser establecido por la sociedad en su conjunto.

Aquí, nuestro autor aplica la consigna de Helvetius: “La mayor felicidad para el mayor número de hombres”. El jurista inglés exalta que todo acto humano, norma o decisión, fundamentaría una nueva ética basada en el goce de la vida y no en el sacrificio ni en el sufrimiento. Este sería su principal objetivo.

Critica a Bentham

En la ética kantiana esta tesis se haya en contraposición al afirmar que, para definir y diferenciar entre lo bueno y lo malo debemos guiarnos por la razón mediante la buena voluntad. En cambio llama a las doctrinas que buscaban la felicidad *éticas materiales*. Según la ética kantiana debemos centrarnos en el deber en lugar de la felicidad como persecución de un objetivo, actuar por mor del deber sin dejarnos vencer por ninguna inclinación de las que afectan al cuerpo: comodidad, placeres, miedos, lujo, beneficios, etc. Lo cual expresaba Kant en uno de sus principales imperativos categóricos: “Pregúntate a ti mismo si la acción que te propones, a suponer que debiera acontecer según una ley de la naturaleza, de la cual tu mismo fueras parte, podrías considerarla

⁷¹ Ferreter Mora, *Diccionario de filosofía*, Vol. pág. 3362.

como posible por tu voluntad”.⁷² Por lo que el deber no es la felicidad sino que el deber es un fin en sí mismo. Esta idea de Kant choca drásticamente con la doctrina utilitarista, tan contundente a la prosecución de la felicidad y el rechazo a todo dolor y sacrificio. Así lo manifiesta nuevamente Kant:

La ley entonces determina inmediatamente la voluntad, la acción conforme a la ley es buena en sí misma, una voluntad, cuya máxima es siempre conforme a esa ley es absolutamente en todos los respectos buena y condición suprema de todo bien. O por el contrario, precede un fundamento de determinación de la facultad de desear a la máxima de la voluntad, que presupone un objeto del placer o dolor, por consiguiente algo que regocija o duele, y la máxima de la razón de buscar el placer y evitar el dolor, determina las acciones, en cuanto ellas son buenas a nuestra inclinación, por consiguiente dichas máximas no pueden llamarse leyes.⁷³

También llama la atención la afirmación kantiana de que el concepto de felicidad es heterónimo, es decir, lo que para un ser humano puede ser su felicidad para otro no lo es. Al respecto Manuel Atienza afirma que “El hombre, como individuo, puede sacrificar un placer presente por una mayor satisfacción posterior, pero no está claro que el placer de un individuo sea sustituible por el placer de otros individuos”.⁷⁴ Es importante tomar en cuenta que siempre permanecen en la naturaleza del placer, diferentes rangos, pues hay placeres nobles y placeres bajos. El fin de la doctrina del utilitarismo es buscar la felicidad, sean cuales sean los medios para conseguirlo. Palabras exquisitas de Kant:

Así pues, la regla y la instrucción completa para saber qué hacer para participar en la felicidad y, ciertamente, tampoco ser indigno, se encuentra únicamente en tu corazón; esto significa que no necesitas aprender esta regla de tu conducta de la experiencia, ni que otros te la enseñen; tu propia razón te enseña y ordena directamente qué tienes que hacer.⁷⁵

Además el jurista y filósofo estadounidense John Rawls (1921-2002) en su libro *Teoría de la justicia* escrita en 1971, crítica severamente al utilitarismo simplemente por que ignora la separación o distinción entre personas. Rawls argumenta que cuando tomamos decisiones acerca de nuestro propio bienestar consideramos

⁷² Kant Immanuel, *Crítica de la razón Práctica*, Capítulo II, pág. 155.

⁷³ Ídem, pág. 149.

⁷⁴ Atienza Manuel, *Atienza Manuel, Introducción al Derecho*, pág. 122.

⁷⁵ Kant Immanuel, *Metafísica de las costumbres, Doctrina de la virtud*, pág. 358.

racional hacer sacrificios ahora o a corto plazo para conseguir ganancias o beneficios a más largo plazo. Afirma que no es aceptable: “Que algunos deban tener menos con objeto de que otros prosperen puede ser ventajoso pero no es justo”.⁷⁶

El utilitarismo es improcedente según Rawls, al querer ampliar a la sociedad como un todo el principio de decisión racional para los individuos. En consecuencia, el utilitarismo según Rawls trata a los hombres con ausencia de cualquier distinción o separabilidad y ve a los individuos como simples receptáculos de placer o felicidad que va a ser maximizada con la mayor eficiencia posible.

Rawls quiere una teoría de la justicia que sea neutral frente a diferentes ideas personales de lo que hace que una vida sea valiosa, por tanto, los principios de justicia del filósofo norteamericano representan una estructura dentro de la cual diferentes individuos deberían tener una equitativa oportunidad para perseguir sus propios fines y valores. Afirma Rawls que el principio de utilidad es contraria a la concepción de cooperación social entre personas iguales para el beneficio de todos por igual propuesta por él.

“La justicia como imparcialidad es un ejemplo de lo que he llamado una teoría contractualista”.⁷⁷ Así, el contrato social de la teoría de Rawls se interpreta como el trasfondo metafísico de la justicia como imparcialidad. Dicho trasfondo consiste en aceptar una hipótesis como fundamento del contrato social, lo afirma al decir que:

En especial hay que recordar que el contenido del acuerdo apropiado no es ingresar en una sociedad dada o adoptar una forma dada de gobierno, sino aceptar ciertos principios morales. Más aún, los compromisos a los que se refiere son puramente hipotéticos: la concepción contractual mantiene que ciertos principios serían aceptados en una situación inicial bien definida.⁷⁸

I.5.2 La teoría del derecho positivo de John Austin

El jurista inglés, John Austin (1790-1859), heredero de la doctrina de Bentham, desarrollará las bases de una nueva disciplina llamada “Teoría del derecho” o

⁷⁶ John Rawls, *Teoría de la justicia*, México, pág. 27.

⁷⁷ John Rawls, *Teoría de la justicia*, México, pág. 28.

⁷⁸ John Rawls, *Teoría de la justicia*, México, pág. 28.

Jurisprudencia. Al respecto, la jurisprudencia habla de derecho, no lo establece, sino que lo estudia y lo analiza desde la perspectiva del lenguaje. La jurisprudencia, propiamente hablando, es una reflexión acerca del derecho. Así como también, para este autor, el derecho no valora el derecho positivo a la luz de la idea de derecho natural, sino que lo contempla como hecho, *factum*, es decir, en términos de hechos sociales, actos humanos, mandatos, hábito de obediencia y castigos. Para Austin, la jurisprudencia es una verdadera taxonomía de las leyes, este estudio es propio del método analítico y que consiste en clasificar y definir. Es decir, la jurisprudencia se ocupa del derecho que es, sea bueno o malo y no del derecho que pudiera ser o que quisiéramos que fuera. “Para nosotros, la jurisprudencia es la ciencia de lo que es esencial al Derecho, a la vez que la ciencia de lo que el derecho debe ser”.⁷⁹

De igual forma, adopta el principio de utilidad de Bentham, pero con algunas variantes, afirmando que la función de la ciencia jurídica es la exposición de los mandatos o normas del poder soberano sobre otros hombres, independientemente de que su contenido sea justo o injusto. El derecho, entendido de esta manera, es un concepto formal, limitado exclusivamente por las circunstancias de que debe quedar confinado dentro de la soberanía del poder; y en contraste con Bentham, para Austin la ciencia de la jurisprudencia se ocupa de leyes positivas, o simplemente de leyes en sentido estricto, o que es lo mismo, fuera de todo contexto utilitarista, es decir, todo lo que identifica el bien con lo útil⁸⁰ derivando en la mayor felicidad para el mayor número.

El “soberano” es fundamental en la teoría de Austin, ya sea una persona o un grupo de personas, es identificado como alguien que es habitualmente obedecido y sus mandatos son las normas jurídicas, es el hábito de obediencia. El filósofo mexicano Rolando Tamayo y Salmorán dice que para Austin el soberano es “necesario para explicar la existencia de cualquier derecho. Para cada sistema jurídico existe uno y solo un soberano. El soberano es... el creador exclusivo del derecho de la

⁷⁹ Austin John, *Sobre la utilidad de la jurisprudencia*, pág. 36.

⁸⁰ “El utilitarismo es la tentativa de transformar la ética en una ciencia positiva de la conducta humana, ciencia que Bentham quería que fuera exacta como la matemática. Abbagnano Nicola, *Diccionario de filosofía*, pág. 1171.

comunidad” y no los legisladores.⁸¹ Excepto cuando los legisladores forman parte de ese soberano.

Así mismo, el mandato arbitrario es el que no se funda en un principio general sino que responde a un simple “porque sí”, a una decisión que no dimana de un consenso general. Es decir, no está fundado en normas y criterios objetivos de una manera regular. El mandato arbitrario se caracteriza en actos de fuerza que no se establecen en ningún criterio previo general, sino que obedecen a un fortuito antojo de quien dispone del poder, haciendo prevalecer sobre ella un capricho. Kant al respecto afirma que:

Un gobierno que fuera a la vez legislador tendría que denominarse despótico por contraposición al patriótico: por gobierno patriótico no debe entenderse el paternalista, que es el más despótico de todos (el que trata a los ciudadanos como niños), sino un gobierno patrio, en que el Estado mismo trata a sus súbditos efectivamente como miembros de una familia, pero a la vez como ciudadanos, es decir, según las leyes de su propia independencia, de modo que cada uno se posea a sí mismo y no dependa de la voluntad absoluta de otro que está junto a él o por encima de él.⁸²

Ahora bien, Austin define el derecho como una especie de orden de un soberano que va acompañada de una amenaza de castigo, la "sanción" por desobediencia. Austin aplica el término “mandamiento” exclusivamente a aquellas órdenes acompañadas de las amenazas de una sanción, es decir, una expresión de deseo de que alguien se comporte de determinada manera y de la intención de causarle daño si no se conduce de conformidad con el deseo formalizado. Al respecto, dice Rolando Tamayo y Salmorán:

Con respecto al uso del término “obligación” o “deber” [...] ‘donde sea que un deber exista, un mandato ha sido expresado; y donde sea que un mandato es expresado, un deber es impuesto’. Podemos inmediatamente observar que para John Austin la función esencial del mandato es el establecimiento de deberes. Estos no aparecen sino cuando un mandato es expresado.⁸³

⁸¹ Tamayo y Salmorán Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho. La teoría del derecho de John Austin*, pág. 52.

⁸² Kant Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, pág. 147.

⁸³ Tamayo y Salmorán Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho, La teoría del derecho de Austin*, pág. 39.

Esto es, Austin aclara que cuando existe una sanción, necesariamente existe un deber y un mandato. Los conceptos de mandato, deber y sanción, dice el autor, son términos inseparablemente relacionados. Cada uno de ellos, sería el nombre de la misma noción:

- a) El deseo, concebido por un ser racional de que otro ser racional haga u omita.
- b) Un daño aplicado por el primero y sufrido por el último en caso de que éste no se conforme al deseo.
- c) La expresión (o insinuación) del deseo mediante palabras o signos.⁸⁴

Sobre este orden de ideas, las normas jurídicas según Austin, siempre especifican un sujeto, que es el destinatario de la orden, el acto que debe realizarse y la ocasión en que tal acto tiene que realizarse. Además, las normas presentan “El elemento imperativo en el Derecho y es considerado por Austin como su característica más significativa”⁸⁵ Es el que ordena a los sujetos a realizar el acto en cuestión y en la ocasión especificada, en forma contundente y obligatoria.

En cuanto a la intención de causar daño para el caso de no cumplirse lo ordenado, ésta puede expresarse en una segunda parte de la misma norma, o en una norma exclusivamente punitiva, es decir, en términos penales se le ha de aplicar una sanción o castigo en caso necesario por incumplimiento.

En otras palabras, el único objeto de la jurisprudencia como ciencia es el derecho positivo, concebido como el mandato del soberano, quien no está limitado jurídicamente y es independiente. Estas ideas están claramente presentes en la enseñanza de Austin. En relación a estos dos conceptos, Austin los define de la siguiente manera:

La superioridad que caracterizó como soberanía y la sociedad política independiente que la soberanía implica, se distinguen de otra superioridad y de otra sociedad por las siguientes rasgos o características: (1) el *grueso* de la sociedad dada se encuentra en un *hábito* de obediencia o sumisión a determinado superior común: sea este superior común una (cierta) persona

⁸⁴ Tamayo y Salmorán Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho, La teoría del derecho de Austin*, pág. 40.

⁸⁵ Bodenheimer Edgar, *Teoría del derecho*, pág. 317.

o un determinado cuerpo o agregado de personas... (2) que tal individuo o... cuerpo de individuos no se encuentra en hábito de obediencia a un determinado superior.⁸⁶

Austin ofrece esta estructura y elementos respecto de las normas jurídicas y como se verá más adelante, Kelsen realizará un estudio más sistemático siendo análogas en algunos aspectos, aunque con importantes diferencias. Según este autor, la norma jurídica es la estructura lógica hipotética, es un juicio que establece una relación de imputación dado un antecedente y deber ser una consecuencia, la sanción. Es decir, La norma jurídica es una estructura lógica hipotética que vincula un acto ilícito y una sanción a través de la imputación.

Ahora bien, Austin realiza una distinción importante entre el derecho legislativo y el derecho judicial; la diferencia radica en el modo en que son producidos: en cuanto al derecho legislativo (el soberano), está formado por normas generales y regulan casos concretos, mientras que el segundo, aplica las normas es decir, son intérpretes. Entre ambos, Austin considera al primero, superior al segundo.

El jurista analítico está normalmente convencido de que el legislador ha establecido una regla general del Derecho para todas y cada una de las situaciones que pueden producirse dentro de un orden jurídico determinado, y que no hay lagunas que tenga que llevar la libre decisión judicial.⁸⁷

Sin embargo esta postura tan radical en la cual se afirma que no existen lagunas en las reglas generales establecidas, principalmente considerando los casos difíciles que se presentan en los tribunales; será fuertemente cuestionado por el jurista H. L. A. Hart y posteriormente por el iusfilósofo Ronald Dworkin.

Asimismo, la “justicia” que Austin anula dentro de su teoría jurídica es la de dar a cada uno lo que le corresponde o lo que le pertenece, o en su forma clásica, en palabras del jurista romano Ulpiano (170-228): justicia significa “La voluntad firme y continuada de dar a cada quien lo suyo”. Al respecto, si lo suyo de alguien es el derecho, se tiene que éste es el objeto de la justicia, por lo que se requiere la existencia previa del

⁸⁶ Tamayo y Salmorán Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho, teoría del derecho de John Austin*, pág. 44.

⁸⁷ Bodenheimer Edgar, *Teoría del derecho*, pág. 319.

derecho para realizar la acción de la justicia. Significa entonces que la justicia sigue al derecho.

En el pensamiento de Kant, la justicia exige que todo hombre sea reconocido y tratado por toda otra persona como principio absoluto de sus propios actos, otorgándole valor de fin y no de simple medio o instrumento. Manuel Atienza ilustra el pensamiento de Kant de la siguiente manera:

Cuando el imperativo categórico se aplica al campo de las acciones externas del hombre nos encontramos con el derecho, que Kant define como <el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según ley general de libertad (autonomía de la voluntad)>. La definición de Kant no parece referirse propiamente a lo que es el derecho, sino más bien a lo que debería ser; por así decirlo, una definición del Derecho justo.⁸⁸

Al respecto, es importante decir que hay verdades eternas y principios universalmente válidos e inherentes al hombre, no sometidos a leyes permisivas contra la naturaleza. Es por ello que las leyes naturales como la justicia, deben ser el principio universal rector que pueda servir de guía o referencia para las leyes positivas humanas. Asimismo, para que el imperativo categórico kantiano pueda desplegarse, el “soberano” según lo distingue Austin, debe legislar teniendo presente siempre la vertiente trascendente de la persona. En caso contrario, se corre el riesgo de caer en un relativismo moral y legal que hará que los hechos de la persona dependan de ideologías positivas que predominan en cada momento y en cada contexto, en cada teoría propuesta. (Recordemos los sistemas totalitarios que han surgido a través de la historia)

De acuerdo a lo anterior, es importante aclarar que las tesis centrales del iuspositivismo o positivismo jurídico, son las siguientes: para Austin, así como Kelsen, el derecho es independiente de la perspectiva valorativa de lo que es justo y lo que es injusto, así como también, para ambos pensadores es necesario distinguir entre lo que es de hecho y lo que es de derecho.

⁸⁸ Atienza Manuel, *Introducción al derecho*, pág. 114.

Como se ha visto, Austin defiende el derecho positivo como un conjunto de mandatos generales emanados del soberano en una sociedad política independiente, es decir, mandatos emanados por el Estado. Al respecto, es importante señalar el antecedente histórico el cual se hace evidente por parte del inglés Thomas Hobbes (1588-1651). Hobbes combatió el *common law*, derecho anglosajón de fuente consuetudinaria, con posterior reconocimiento judicial, y defendió el poder exclusivo del soberano de establecer el Derecho el *statute law*.

Es decir, el pensamiento jurídico enseña una cierta tendencia a vincular Derecho y Estado. La teoría estatista⁸⁹ del derecho, que emana de la teoría jurídico-política de Hobbes (así como también en Austin continuando con Kelsen con algunas variantes y finalizando con H. L. A. Hart) se desarrolla en el marco de un proceso histórico de monopolización de la creación jurídica por parte del Estado, conformando así, la formación de los Estados modernos. El concepto de derecho al que pertenece Austin al igual que Hobbes, fluye de la tradición nominalista inglesa, el cual consiste en un orden de conducta vinculado a una comunidad y sometido a variaciones según factores de hecho.

Si la concepción naturalista del derecho natural condujo a Hobbes al racionalismo, esta postura, a su vez, desembocó en el positivismo: el autor de *Leviatán* afirmó que la ley natural no es suficiente para fundar la paz, pues las pasiones humanas son indomables por la sola razón.⁹⁰

No obstante lo anterior, las afirmaciones más importantes de Hobbes sobre el derecho, que pasaron a la tradición iuspositivista inglesa en las posturas de John Austin y H. L. A. Hart son las siguientes:

a) Una ley es el mandato de aquel, o aquellos, que tienen el poder soberano, dado para aquellos que son sus súbditos, declarando pública y claramente lo que cada uno de ellos puede hacer y lo que debe abstenerse de hacer. He aquí el formalismo jurídico que identifica la ley por su forma y origen, con independencia de su contenido

⁸⁹ Según el diccionario de filosofía de Nicola Abbagnano, Estatismo significa: "En sentido propio, la doctrina que considera al Estado como única fuente de derecho. En sentido genérico, toda dirección política que atribuya al Estado funciones o poderes preponderantes en cualquier campo de la actividad humana" pág. 451.

⁹⁰ Verdross Alfred, *La filosofía del Derecho del mundo occidental* pág. 182.

y su finalidad (posición iusnaturalista). En este sentido, Hobbes puede ser considerado como el padre del legalismo y positivismo jurídico modernos.⁹¹

b) La concepción del derecho como mandato del soberano y la tesis de la soberanía del Estado como independiente de cualquier otro poder eclesiástico, civil o de los grupos intermedios.⁹²

c) Hobbes defiende la supremacía de la ley entre las fuentes del derecho, como consecuencia de que el único origen de todo derecho radica en el soberano que posee los medios coactivos para imponerlo con el fin de garantizar la seguridad jurídica. Justifica la ley del más fuerte. De esta tesis derivan algunas consecuencias: 1.- reconocimiento de los jueces como interpretes en cuanto delegados del soberano 2.- carácter jurídico de la costumbre mediante la aceptación tácita del soberano 3.- teoría declarativa de la interpretación judicial: los jueces deben aplicar la ley emanada del poder soberano y no crearla.⁹³

El pensamiento de Hobbes proporciona el marco de referencia y cierta inspiración a la filosofía jurídica de Austin, posteriormente en el caso de Hart conviene observar que los considera en cuanto que se hallan incorporados a la tradición inglesa pero los aplica en menor medida, como se verá en el segundo capítulo.

Por otro lado, John Austin, quien en su obra principal *The Province of Jurisprudence Determined* escrita en el año de 1832, trató de clarificar la distinción entre el derecho y la moral, en opinión de Austin es poco clara debido a las doctrinas de los derechos naturales, Austin distinguió en primer lugar entre dos tipos de leyes: Leyes divinas: (reveladas y no reveladas) y Leyes humanas: divididas a su vez en leyes positivas y en moralidad positiva. Al respecto, dice que:

Hay, por ejemplo, varias clases de leyes o normas. Ahora bien todas estas clases deben ser distinguidas cuidadosamente, ya que su confusión bajo un nombre común y la consiguiente tendencia a confundir el derecho y la

⁹¹ Hobbes Thomas, *Leviatán*, pág. 146-148.

⁹² Hobbes Thomas, *Leviatán*, II, XVIII pág. 143.

⁹³ Páramo Juan Ramón, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1984 págs. 117-119.

moral, es una de las fuentes más fecundas de complicación y oscuridad verbal.⁹⁴

Dentro de la Ley positiva, como ya se ha visto, nacen los mandatos emitidos por el soberano en una sociedad política independiente, lo que se refiere al término más conocido como Estado, en el que un número relevante de personas está sujeto a un soberano común y no depende de otras entidades sociales.

La moral positiva, aclara Austin, es parecida a las normas jurídicas pero la diferencia es que no tiene carácter coactivo. Ahora bien, ambas son coincidentes con los deberes, sin embargo, tampoco poseen significaciones de deseo de determinaciones superiores, en otros términos, no son mandatos propiamente hablando, las reglas morales positivas siempre son observadas por los ciudadanos o súbditos, de la cual surge de una única fuerza y que fluye de la reprobación, de acuerdo a aquellos que la infringen. Hay normas de este tipo que son leyes propiamente dichas porque tienen estructura de mandato, y leyes impropiedades dichas, que hoy son llamados, "costumbre social".

Las normas de la moralidad positiva que son estrictamente leyes jurídicas se dividen, según Austin, en tres categorías: a) Las que regulan la vida de los individuos en "estado de naturaleza". b) Las que regulan las relaciones entre Estados y c) Leyes de sociedades menores (familia, corporación...).

Así, la pretensión de independencia entre derecho y moral, se produce plenamente en Austin al proclamar que la jurisprudencia solo compete a la ley positiva, pues derecho y moral siguen guías totalmente separadas.

Tradicionalmente, el derecho consuetudinario se define como los actos y comportamientos de una sociedad dada, mediante estos actos y comportamientos sociales se da continuidad a través de la presencia y acción del derecho; así el orden social pasa a ser orden jurídico. Sobre el particular, Austin sostiene que el derecho consuetudinario no entra dentro de las normas jurídicas, y al igual que Hans Kelsen

⁹⁴ Austin John, *Sobre la utilidad de la jurisprudencia*, pág. 34.

como se analizará en el siguiente capítulo, una costumbre solo es jurídica cuando la aplica un juez, en calidad de norma jurídica.

Austin sostiene que el derecho consuetudinario es necesariamente imperativo, es decir, el derecho positivo proveniente del origen y la costumbre, así como también el derecho creado jurídicamente, directa o indirectamente es proporcionado por el Estado, el cual equivale a su poder imperativo.

Cuando los jueces convierten una costumbre en una norma jurídica o crean una norma jurídica surgida por la costumbre, la norma jurídica que producen es establecida por el cuerpo legislativo soberano... las reglas que crea derivan su fuerza jurídica de la autoridad otorgada por el Estado.⁹⁵

Como comentario sobre lo anterior, Austin tendría razón si los jueces no tuvieran la obligación de aplicar ciertas costumbres, sobre todo cuando no hay una ley clara sobre los *casos difíciles* y se ven en la necesidad de acudir a otras fuentes. Estas fuentes serían las situaciones no contempladas en la ley, es decir, las costumbres.

El pensamiento de Austin constituyó la base de la enseñanza de la jurisprudencia en la universidad de Oxford. Se le considera el iniciador de la jurisprudencia analítica más sistemática, aunque, como ya se ha mencionado, sus antecedentes filosóficos se retrotraen por lo menos hasta Hobbes. Fue seguido por importantes autores en el Reino Unido y en Estados Unidos, quienes pueden considerarse continuadores de la "jurisprudencia analítica". Principalmente por parte del inglés H.L.A. Hart quien consideró su teoría jurídica, fundamentalmente para criticarla, aunque conservando la tesis fundamental de lo que es de hecho y lo que es de derecho. Esto es, ambos pensadores insistieron en la necesidad de distinguir entre las normas de derecho positivo, por un aparte, y las normas de justicia o las normas morales, por la otra. Esta insistencia puede ser considerada como la característica más importante del positivismo jurídico.

A la postre las teorías de Bentham y Austin finalizado el siglo XIX e iniciada la primera mitad del siglo XX influyeron enormemente en la enseñanza del derecho en el ámbito

⁹⁵ Tamayo y Salmorán Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho, teoría del derecho de John Austin*, pág. 48.

angloamericano y anglosajón. Su manera de entender la separación entre el derecho y la moral, por ejemplo, fue bien recibida. La autoridad de Austin fue de tal magnitud que a mediados del siglo XX su teoría era la que se difundía a los alumnos ingleses aunque existían numerosos libros de texto secundarios que resumían los principales temas de la asignatura y las principales doctrinas acerca de la naturaleza del derecho sostenidas por Platón, Aristóteles, Tomás de Aquino y Hobbes.⁹⁶

⁹⁶ Páramo Juan Ramón de, *Entrevista a H. L. A. HART*, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, Alicante, Edición digital a partir de *doxa. Cuadernos de filosofía del derecho* núm. 5 1988, págs. 340-341.

CAPITULO II

Los fundamentos filosóficos de las teorías del Derecho Positivo en el siglo XX de Hans Kelsen y de H. L. A. Hart

Como ya se ha comentado, el positivismo representa una dirección más de la filosofía jurídica, el cual ha tenido sus éxitos y sus censuras, como muchas otras corrientes jurídicas pasadas, y por ello mismo resulta necesario e indispensable su estudio. El derecho no es inalterable, se realiza en tanto innovación, crítica y corrección de las teorías jurídicas previas. El hombre las crea a la vez que ellas evolucionan. En otras palabras, una idea es siempre superada por otra, y esto para lograrlo no sólo se apoya en su antecesora, sino en otra más, como hemos visto en el “utilitarismo” del jurista Jeremy Bentham y la imposición del “soberano” del también jurista John Austin, para después convertirse en un apoyo de la nueva idea que pretende surgir, como se verá en la teoría pura del derecho del jurista Kelsen y el contenido mínimo de la moral del también inglés H. L. A. Hart

II.1 La teoría del derecho de Hans Kelsen

Cuando el derecho constitucional, así como el derecho legislado, es derecho positivo, esto es, un derecho impuesto, tiene que haber un acto de voluntad individual o colectivo, cuyo sentido subjetivo sea un deber, que pueda ser interpretado como válida objetivamente, como derecho consuetudinario.⁹⁷

En el capítulo anterior vimos que el positivismo jurídico empezó con Jeremy Bentham y su discípulo John Austin. Pero sin lugar a dudas, esta concepción alcanzó su mayor esplendor en el siglo XX, con el ilustre jurista austriaco Hans Kelsen (1881-1973) pues marcó el inicio de una época sin precedentes, por lo que el jurista español Manuel Atienza lo ha llamado “el mayor enemigo del derecho natural del siglo XX”.

Kelsen se desarrolló en el ámbito académico en diferentes universidades especialmente en la universidad de Viena, y también fue fundador de la *Escuela Vienesa del Derecho*. En 1920 tras el desmoronamiento del imperio austro-húngaro Hans Kelsen tiene el honor de ser uno de los principales autores de la Constitución de Austria. Posteriormente es exiliado de la Alemania nazi por su condición judía motivo

⁹⁷ Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, pág. 236.

por el cual se muda a Ginebra. Finalmente, en 1940 se instala en los Estados Unidos siendo catedrático en la Universidad de Harvard y, más tarde, en la Universidad de Berkeley. La obra capital de Kelsen es la *Teoría Pura del Derecho* escrita en 1935, misma que será abordada en este estudio.

II.1.1 Teoría Pura

Kelsen pertenece a la escuela neokantiana y retoma algunos conceptos fundamentales de la filosofía kantiana y es quizá, “la razón pura” y la “teoría pura” la más relevante en ambos pensadores. Al respecto, Manuel Atienza comenta que “Kelsen trató de llevar a cabo en el campo del Derecho lo que el filósofo alemán Immanuel Kant había realizado en el terreno de la razón pura, es decir, se propuso construir una auténtica ciencia del derecho, elevar la jurisprudencia al rango de saber científico riguroso”.⁹⁸ En ambos pensadores rastreamos mas diferencias que similitudes del concepto “puro”:

Para Kant “la razón pura” como objetivo principal de su filosofía es aclarar en lo posible las cuestiones planteadas en la actividad científica y filosófica en la que se dan diversas y opuestas interpretaciones sobre el objetivo y sentido de la tarea filosófica. Como consecuencia de esta diversidad de opiniones, se propone someter a *juicio la razón** y descubrir la raíz de las interpretaciones antagónicas dadas por el dogmatismo racionalista, el empirismo y el irracionalismo, éste ultimo entendido como sobrevaloración del sentimiento. Así, la filosofía obliga a una crítica de los usos desnaturalizados de la razón y permite aventurar un nuevo nivel de libertad para la humanidad. Kant intenta hallar la esencia de la razón pura, entendida como facultad que requiere conocer las leyes, principios y fines últimos que descubren la naturaleza más genuina de la razón. Ahora bien, Kant no considera como tal crítica la de los tratados y manuales así como los sistemas establecidos, sino solamente la facultad

⁹⁸ Atienza Manuel, *Introducción al Derecho*, pág. 206.

* Cuando Kant utiliza la expresión *juicio de la razón*, quiere decir que todo ha de someterse al dictamen de semejante tribunal presidido por la razón humana. Para Kant, un juicio así es necesario por la situación de minoría de edad y falta de ilustración de sus contemporáneos. La crítica de la razón pretende ser un juicio de libertad que lleve a superar las constricciones impuestas por la autoridad, la tradición y la conciencia tales como normas, sistemas políticos y costumbres religiosas.

de la razón en general, en relación a los conocimientos que se pueden adquirir prescindiendo de toda experiencia empírica.

Entendemos pues por conocimiento *a priori* el que es absolutamente independiente de toda experiencia, no el que es independiente de esta o aquella experiencia. A él se opone el conocimiento empírico, el que solo es posible *a posteriori*, es decir, mediante la experiencia. Entre los conocimientos *a priori* reciben el nombre de puros aquellos a los que no se ha añadido nada empírico. Por ejemplo, la proposición: —todo cambio tiene una causa— es *a priori*, pero no pura ya que el cambio es un concepto que solo puede extraerse de la experiencia.⁹⁹

Kelsen, en cambio, es recordado por su primordial interés al querer delimitar el conocimiento del Derecho como un fenómeno ajeno de cualquier otra consideración psicológica, sociológica, ética o ideológica, es decir, su principal preocupación consistirá en separar lo ajeno al derecho pues solo “el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas”.¹⁰⁰ La pretensión de Kelsen es, por tanto, separar todo tipo de contaminación para así hacer del derecho una ciencia pura y absoluta. Así como también, la dependencia exclusiva de la forma de las normas jurídicas no su contenido justo y natural

El paralelismo entre ambos pensadores está en la búsqueda del universal que da carácter científico tanto a la ciencia como al derecho. Asimismo, la convicción en que no existe alguna “cosa en sí” y solo aceptan como objeto del conocimiento la consideración de los fenómenos. En Kant el proyecto y meta última de toda su filosofía es lograr una clarificación racional al servicio de una humanidad más libre, más justa y más encaminada a la realización de los últimos fines. Para Kelsen en cambio significa que el derecho mismo intenta comprender y justificar sólo desde el propio derecho, desde donde se evitan las “impurezas” que provienen del mundo económico, moral, cultural o político. Es decir, para poder establecer normas jurídicas, no se toma en cuenta ningún referente o experiencia histórica, de esta manera según nuestro autor, se logra el Derecho Puro. Esta es la meta.

⁹⁹ Kant Immanuel, *Introducción a la primera edición de la Crítica de la Razón Pura*, pág. 43.

¹⁰⁰ Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, pág. 83.

Kelsen, sin embargo, acepta algunas costumbres dentro del derecho positivo, al afirmar que una costumbre no es elaborada por un órgano calificado del Estado, sino que ha surgido del fondo mismo de las relaciones sociales de una sociedad, pero única y exclusivamente esa costumbre es derecho vigente en el caso de que los tribunales de justicia la apliquen, es decir, solo si es impuesta inexorablemente por los órganos de la coacción jurídica.

En otras palabras, la costumbre puede producir tanto normas morales como normas jurídicas. Pero solamente en el caso de las normas jurídicas son producidas consuetudinariamente cuando surgen de disposiciones legislativas y reglamentarias, mediante los fallos de los tribunales; en cambio, las normas de la moral surgen en forma más pura y noble a través de la conciencia estrictamente individual.

La constitución puede haber sido producida por vía de la costumbre, o por un acto a ello dirigido de uno o varios individuos, es decir, mediante un acto legislativo, las normas no escritas producidas consuetudinariamente, de la constitución, pueden ser codificadas, convirtiéndose, cuando esa codificación es efectuada por un órgano productor de derecho, teniendo así carácter obligatorio, en una constitución escrita.¹⁰¹

II.1.2 Negación del Derecho Natural

Al jurista austriaco se le puede considerar el pensador más destacado dentro del moderno positivismo jurídico o iuspositivismo, por su ataque frente a la vasta tradición secular del llamado Derecho Natural al que según nuestro autor, definía como algo irracional y caduco frente a la superioridad del Derecho Positivo. Para Kelsen, los juicios de valor que desarrollan los iusnaturalistas, tales como la justicia, son simples expresiones de irracionalidad y no entran en una verdadera teoría jurídica, es decir, en una estricta ciencia de normas positivas, al afirmar que:

Solo cuando la sociedad es entendida como un orden normativo de la interacción humana, como un objeto concebido en forma distinta del orden causal de la naturaleza, puede contraponerse la ciencia de la sociedad a la ciencia de la naturaleza.¹⁰²

¹⁰¹ Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, pág. 233.

¹⁰² Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, pág. 90.

Para Kelsen lo importante del derecho es la forma de las normas jurídicas, su materialización eficaz y real, no su contenido justo y natural. Al respecto el filósofo Alfredo Araujo observa que "en este sentido es que Kelsen se inserta dentro de una tradición filosófica vinculada con el positivismo (hechos) lógico (forma). La forma es lo que da poder, el a priori absoluto". Por esta razón, su pensamiento se ubica como objeto de una ciencia positiva, es decir, el conocimiento de las normas jurídicas y clasifica a la ciencia del derecho dentro de las ciencias normativas, ya que utiliza el método normativo para señalar cuales son las normas jurídicas vigentes y formalmente válidas.

Ahora bien, su rechazo al modelo lusnaturalista y en especial su idea de justicia como conformadora del derecho, es su principal crítica, pues ésta, según nuestro autor, no es más que la imposición de un interés sobre otro, es decir, a lo sumo un consenso entre intereses individuales. Por lo tanto, la justicia no es más que una ilusión y sin la posibilidad de saber lo que es; en todo caso, el criterio medianamente válido de lo justo, según Kelsen, se acercaría a lo válido jurídicamente. Al ser la justicia un juicio de valor surgido de bases morales, entonces, debe ser ajena al derecho positivo. Kelsen no admite juicios de valor sobre el derecho pues la justicia es un "ideal irracional", y más aun, por indispensable que sea el querer y el obrar del hombre, no es accesible al conocimiento, a esto solo se lo da el derecho positivo.

Así, al aplicar la pureza metódica kelseniana, el derecho se reduce a las normas jurídicas, sin importar su contenido justo o no, ya sea porque provienen de la voluntad de Dios o por ser creadas racionalmente por el hombre, ni la realidad de su aplicación. La justicia, según el jurista austriaco, se reduce y debe ser identificada con la legalidad, que es la única manera objetiva de realizarla. Afirma que la justicia es subjetiva y relativa y es emocional no racional y afirma que: "la justicia absoluta configura una perfección suprema irracional. Desde la perspectiva del conocimiento racional sólo existen intereses humanos y, por consiguiente, conflictos de intereses".¹⁰³

¹⁰³ Kelsen Hans, *¿Qué es la justicia?*, 1981, pág. 109.

En *la teoría pura del derecho*, el autor afirma que “justo es sólo otro nombre para designar lo legal o lo legítimo”. Y la conclusión según Kelsen es que ninguna ley puede ser injusta. La peculiaridad de la postura iuspositivista no consiste tanto en negar el derecho natural cuanto más bien en desconocerlo o en negar la posibilidad de que lo conozcamos. Puede que lo haya, puede que haya un derecho natural, pero ¿cómo acceder a él? Esta postura es típica del positivismo.

Para Kelsen solo el Estado de Derecho es el que crea el Derecho, sin ningún referente permanente e inmutable. El mismo Estado de Derecho legitima, independientemente del contenido de esa ley. Por lo tanto, se rechaza la existencia de una justicia interna, ligada al derecho natural, a la propia ley. La justicia pasa a ser creación de la ley, su consecuencia; aquí, lo justo es lo legal al margen de la licitud o ilicitud moral.

Aunado a lo anterior, Kelsen se opone a la ciencia tradicional del Derecho acusándolo de tener un carácter ideológico, "si por ideología no se comprende todo lo que no sea realidad natural, o su descripción, sino una exposición no objetiva".¹⁰⁴ Esto es porque, mientras el jurista austriaco intenta conocer la verdadera ciencia del derecho, en cambio la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y conservarla, o desfigurándola para distribuirla y reemplazarla por otra.

Al respecto, la teoría pura de Kelsen se muestra indiferente en ambos conceptos. Su único interés reside en exponer al derecho tal como es, es decir, sin legitimarlo por justo o descalificarlo por injusto. Solo desea formular un derecho real y posible cuyo propósito inmanente consiste en descubrir su objeto, saber lo que es, y lo que puede ser.

En este sentido, Kelsen nos ofrece una teoría radicalmente realista. Se abstiene de incluir juicios de valor sobre el derecho, por que aspira ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura, en particular rechaza cualquier participación de índole político que le dé la oportunidad de administrar cualquier tendencia ideológica, con el fin de justificar o criticar un orden social. Es precisamente, según Kelsen, esta tendencia antiideología la que le provee a su teoría,

¹⁰⁴ Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, pág. 121.

una verdadera ciencia del derecho, pues fluyen solo del conocimiento. A lo cual esta posición puede ser también ideológica, según lo afirma Alfredo Araujo.

Mediante estas consideraciones Kelsen lleva a cabo esta disociación no “por ignorancia o rechazo de la relación, sino por que busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto. Simplemente, no desconoce a las ciencias, incluida la moral, simplemente no la considera dentro de su objeto de estudio.”¹⁰⁵

Por lo tanto, Kelsen ambiciona redefinir su objeto de estudio, en una verdadera y autentica ciencia y solamente se puede lograr esto, convirtiendo al derecho en un producto esencialmente de la voluntad del legislador, eliminando cualquier otra fuente productora del derecho susceptible de control, y así, llegar a la culminación de “objetividad y exactitud” como el ideal de toda ciencia.

II.1.3 Ser y deber ser

Las ciencias del ser son las disciplinas causales, que proporcionan una explicación genética de los fenómenos, los que, a su vez, son presentados dentro de una cadena de causas y efectos. A estas disciplinas se oponen las ciencias normativas, cuyo objeto ya no es el ser. La ciencia del derecho queda comprendida en este segundo grupo.¹⁰⁶

Como buen neokantiano Kelsen hace suya la distinción entre “ser” y “deber ser” para lograr el establecimiento teórico de la separación entre el mundo de la naturaleza y el mundo del Derecho. En el primero, se dan los fenómenos cuyo nexo de unión entre ellos es el principio de causalidad. En cambio en el derecho, se ofrecerán las normas que enunciarán un nexo entre suceso, expresado mediante el juicio de “imputación”. Para Kelsen “deber ser” es una forma de pensar, independientemente, como ya se ha mencionado, de distintas ciencias. Funda al Derecho en el estudio de lo que lo constituye en sí mismo.

La ciencia del derecho no es una ciencia de la naturaleza, sino una ciencia normativa, ya que considera a los fenómenos sociales desde el punto de vista del principio de “imputación” esto significa el enlace de un hecho con una

¹⁰⁵ Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, pág. 15.

¹⁰⁶ Verdross Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, pág. 286.

consecuencia jurídica mediante la cópula “debe”. Esta consecuencia jurídica es de naturaleza coactiva.¹⁰⁷

La separación que el jurista realiza como fenómenos diferentes los explica de la siguiente manera: mientras el ser se describe por ser causalidad “Si A es, entonces B es”, esto quiere decir que ante un antecedente que es A, por efecto debe seguirle la consecuencia B; esto es el principio de causa-efecto, es decir, de causalidad. En cambio, el deber ser, tiene su modelo de explicación científica en el principio de imputación, y significa que: “Si A es, entonces B debe ser”, si el antecedente se cumple, la consecuencia B debe seguir. Es decir, la consecuencia se imputa a la condición. El principio de imputación corresponde a algo que debe ser. “Actos coactivos son actos que han de cumplirse aun contra la voluntad del afectado por ellos, y en caso de oposición, recurriendo a la fuerza física”.¹⁰⁸

Según Kelsen, el concepto del ser en el iusnaturalismo es una doctrina que tiene como punto de partida la idea de la naturaleza legisladora, ya sea teológica o racional. Como ya se ha mencionado con anterioridad, la primera se funda en la concepción de que el hombre se encuentra supeditado a las leyes divinas de acuerdo a una serie de normas naturales impuestas por Dios; la segunda sustituye la idea del creador, por el carácter racional del ser humano, esto es, que el derecho es válido porque resulta de la naturaleza del hombre como “ser racional”; aquí, la justicia está dada solo por los hombres. La relación causa-efecto surge de las leyes naturales, es decir, el derecho se debe aplicar de acuerdo con la voluntad de Dios, o el carácter racional del ser humano. De tal manera que Kelsen parte de la relación entre el acto ilícito y la sanción establecida por un legislador, como autor de normas jurídicas positivas y agrega que “en el marco de una concepción científica del mundo, en cambio, dentro del cual solo puede darse una doctrina positivista del derecho, es necesario mantener con todo rigor la diferencia entre ley natural y enunciado jurídico”.¹⁰⁹

Es decir, Kelsen, siguiendo el sistema kantiano, afirmó categóricamente, a lo largo de su obra, que hay un abismo entre el mecanismo lógico de la causalidad que rige las

¹⁰⁷ Ídem, pág. 287.

¹⁰⁸ Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, pág. 123.

¹⁰⁹ Ídem, pág. 91.

leyes de la naturaleza y las leyes de la imputabilidad, características de las ciencias sociales y, muy especialmente, del Derecho. El filósofo Alemán Alfred Verdross, lo explica de la siguiente manera:

La norma jurídica fundamental de Kelsen, tiene una función esencialmente distinta a la norma paralela de Kant: el filósofo de Königsberg se propuso anclar al derecho positivo en el derecho natural, en tanto el jefe de la escuela vienesa concibió el derecho positivo como un orden autárquico cerrado, infranqueablemente separado de otros órdenes.¹¹⁰

Kant al igual que Kelsen son afines en el concepto de naturaleza, es decir, el ser de la naturaleza en la que se contemplan las ciencias naturales. La naturaleza para el filósofo de Königsberg se compone de una serie de fenómenos que representan en el tiempo y en el espacio unidos entre sí por la ley de la causalidad, esto es, por la relación causa efecto y por lo tanto al igual que Kelsen, de esta naturaleza no es posible deducir ningún deber ser. Ahora bien, en Kant la razón teórica se ocupa de conocer la naturaleza, de cómo son las cosas; en tanto que la Razón Práctica se ocupa de cómo deberían ser, de cómo orientar la conducta humana. Es decir, el ser en la razón Teórica y el deber ser en la razón práctica.

De acuerdo a lo anterior, a “la crítica de la razón práctica” no le interesa conocer cómo es, de hecho, la conducta humana, ni cuales son los motivos empíricos y psicológicos –deseos, sentimientos, intereses, etc. que impulsan a los hombres a actuar; sólo le interesa conocer cuales deben ser los principios que han de guiarle si quiere actuar moralmente. Según Kant, la ciencia –razón teórica- se ocupa del ser, mientras que la moral –razón práctica- se ocupa del deber ser. Mientras que la primera formula juicios como por ejemplo: el calor dilata los cuerpos, la segunda formula imperativos o mandamientos morales como, por ejemplo, “no matarás”.

Aun cuando el concepto de deber, pensamos en una sumisión a la Ley, sin embargo, nos representamos cierta sublimidad y dignidad en aquella persona que cumple todos los deberes. Pues no hay en ella, sin duda sublimidad alguna en cuanto que está sometida a la Ley moral; pero si la hay en cuanto que es ella al mismo tiempo legisladora y solo por esto está sometida a la ley.¹¹¹

¹¹⁰ Verdross Alfred, ob. cit. pág. 289.

¹¹¹ Kant Immanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, pág. 57.

Es decir, Según Kant, los seres humanos solo actuamos moralmente cuando lo hacemos por deber. Define el deber como “la necesidad de una acción por respeto a la ley”. Esto significa que actuar moralmente supone someternos a una ley, no por la utilidad o satisfacción que su cumplimiento pueda proporcionarnos, sino por el respeto que toda ley merece, porque ese es nuestro deber. Solo las acciones por deber poseen valor moral y aclara Kant que el político actúa moralmente cuando dice la verdad porque ése es su deber, por tal motivo, la acción hecha por deber no es un medio para alcanzar un fin, sino algo que debe ser hecho por sí mismo.

En otras palabras, Kant distingue entre leyes de la naturaleza (ser) y leyes de la libertad (deber ser). El hombre, en lo específicamente humano y moral, no está sometido a leyes de la causalidad –que son las que operan en el mundo fenoménico– sino a leyes específicas que el individuo racional se da a sí mismo. Estas son las leyes de la libertad, obtenidas de la razón pura práctica, con total exclusión de la naturaleza no racional.

Ahora estamos en posición de afirmar que el concepto del “ser” en ambos pensadores es análogo al fundamentarlo dentro de la naturaleza de las cosas en un mundo exterior y empírico. En cambio el “deber ser” es opuesto en ambos pensadores, en Kant es autónomo y surge desde la conciencia misma; en Kelsen simplemente es la imputación de una consecuencia. El filósofo de Königsberg expresa lo fundamental de su postura y lo explica de la siguiente manera:

Todos los deberes encierran el concepto de una coerción por la ley; los éticos implican una coerción para lo que solo es posible una legislación interna, mientras que los deberes jurídicos encierran una coacción para lo que también es posible una legislación externa; una coacción por tanto, en ambos casos, sea autoacción o coacción ajena; en el caso de la facultad moral de la primera puede llamarse virtud y la acción que surge de tal intención (de respeto a la ley) puede llamarse acción virtuosa (ética), aunque la ley exprese un deber jurídico, porque es la doctrina de la virtud la que ordena considerar sagrado el derecho de los hombres.¹¹²

¹¹² Kant Immanuel, *Metafísica de las costumbres*, pág. 249.

Por otro lado, Kelsen contradiciendo a Kant afirma que un orden jurídico no tiene ninguna implicación moral, para Kelsen simplemente es una obligación. Acatar la norma jurídica como aplicación, significa cumplir conductas que corresponden a las normas, se refiere exclusivamente a un orden jurídico positivo. Kant en cambio, afirma que el deber u obligación esta necesariamente ligada a un valor moral absoluto.

En efecto, la ley moral encierra una necesidad categórica y no una necesidad constituida a partir de la experiencia. Toda regla necesaria a de ser establecida *a priori*. Se trata por tanto de principios intelectuales. El enjuiciamiento de la moralidad no es asunto de los sentidos, sino del entendimiento.¹¹³

Finalmente, se puede afirmar que la principal diferencia entre causalidad e imputación es que esta última tiene un punto final mientras que la primera no la tiene, es decir, la naturaleza pertenece al dominio de la *necesidad*, en tanto que la sociedad al de la *libertad* -según términos kantianos mencionados anteriormente-. Considerado como un elemento de la naturaleza, el hombre no es libre, pues su conducta está determinada por las leyes causales. Cuando cierto hecho es efecto de una causa, y esta causa a su vez tiene una causa, es causa del hecho en cuestión, éste es referido no sólo a su causa inmediata, sino que también a todas sus causas mediatas, siendo considerado como el efecto de todas esas causas constitutivas de una serie infinita.

En cambio, cuando uno de sus actos es juzgado a la luz de una ley moral o jurídica, ya se trate de una buena acción (moral) o de un crimen (derecho), se imputa a este acto la consecuencia determinada por la ley respectiva, pero el acto mismo no es imputado a otra cosa o a otra persona. Es decir, la buena acción o el crimen no pueden ser separados de su autor para serle imputados. Pero lo que es decisivo, a la inversa de lo que sucede en la causalidad, es la circunstancia de que la imputación encuentra su punto final en una conducta humana, para la cual la norma moral o jurídica establece la condición de una consecuencia específica. El hombre en cuanto a personalidad ética o jurídica, es libre y en consecuencia responsable.

Justamente en esta distinción fundamental entre imputación y causalidad, en el hecho de que existe, por cierto, un termino final de la imputación, pero no un

¹¹³ Kant Immanuel, *Lecciones de ética*, pág. 51.

punto final de la causalidad, se funda la contraposición entre la necesidad dominante en la naturaleza y la libertad que se constituye dentro de la sociedad, y que es esencial para las relaciones normativas de los hombres. Que el hombre como parte de la naturaleza no es libre, significa que su comportamiento, considerado como un hecho natural, está causado conforme a la legalidad natural, por otros hechos. Es decir, ese comportamiento tiene que ser visto como el efecto de esos hechos, y, por ende, como determinado por ellos.¹¹⁴

II.1.4 Normas jurídicas y normas de derecho

Por otro lado, el jurista austriaco aplica el supuesto saber científico riguroso, al hacer una clara diferencia entre norma jurídica y reglas de derecho que explica de esta manera: “La primera tiene como objeto el derecho como un sistema de normas con validez, el derecho en su estado de equilibrio; la segunda, el proceso jurídico en el que el derecho se produce y aplica, el derecho en movimiento”.

Sobre este contexto, la participación de los órganos y de toda la comunidad jurídica consiste en crear o aplicar las normas jurídicas para regular la conducta de los ciudadanos; para crear una norma jurídica es necesario disponer de cierto número de conocimientos.¹¹⁵ El legislador debe conocer la materia que quiere regular y el juez, por su parte, comprueba los hechos respecto de los cuales pronunciará su fallo, debe conocer el derecho y describirlo con la ayuda de las reglas de derecho. Solo importa la norma general creada por el legislador o la norma individual creada por el juez sobre sus comportamientos. Aquí, las reglas de derecho son la expresión que da el jurista acerca de las normas jurídicas, es decir, las interpreta. Son formuladas por juristas deseosos de comprender y describir el derecho.

Aclara Kelsen que se podría objetar que la regla de Derecho, formulado por la ciencia jurídica, se concreta solo en repetir la que se ha establecido, es decir las normas. Sin embargo Kelsen piensa que el jurista despliega su actividad creadora, respecto a la obra del legislador, esto es, “...conforme a la constitución, de producción y aplicación de normas jurídicas, pueden ser interpretadas”. Ahora bien, en caso de que no se adapte ninguna de las normas jurídicas establecidas a los casos particulares, el

¹¹⁴ Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, pág.105.

¹¹⁵ Se puede apreciar que Kelsen ofrece una teoría más desarrollada que Austin, este último minimiza su postulado en las órdenes del soberano respaldadas por amenazas.

tribunal de última instancia podrá decidir y producir una norma individual y aplicarla en los casos concretos. Pero invariablemente el conflicto que se presenta debe ser resuelto y el juez no puede negarse a fallar, dándose así la voluntad normativa jurídica del Estado. En otras palabras tiene que dejarse a la función productora de derecho del tribunal un cierto espacio de juego para su discrecionalidad.

Si el órgano A dispone que el órgano B ponga en prisión al súbdito C, el órgano B tendrá que resolver a su criterio cuándo y dónde y cómo se pondrá en efecto la orden de prisión, decisiones que dependen de circunstancias externas que el órgano que dio la orden no previó y que, en buena parte, tampoco pudo prever.¹¹⁶

De acuerdo a lo anterior, en ocasiones las normas jurídicas formuladas, y en atención a la complejísima variedad de factores que intervienen en determinadas circunstancias, en lugar de prever taxativamente la solución que se debe dar a cada tipo de casos, y en especial a los casos difíciles, confían a una autoridad la misión de que ante cada situación conjugue los elementos y los principios generales y de esta manera se obtenga la solución adecuada. Así, el poder no tiene prefijada su decisión en un previo precepto detallado, por carecer de leyes concretas, por tal motivo, se determinará la ley más adecuada a cada caso particular, y esto solo con la facultad de los jueces de última instancia.

Estas decisiones deben ser tomadas atendiéndose a supuestos criterios objetivos¹¹⁷ y que serán los mismos que se aplican a todos los casos similares futuros. Así, actuar discrecionalmente consiste en regirse por principios generales, aplicarlos a los casos particulares y sacar las consecuencias. Esto quiere decir que el derecho formulado, presenta muchos vacíos y lagunas y dejan al jurista la potestad de llenarlos de acuerdo a su criterio y el riesgo que esto conlleva. Aristóteles lo contemplaba en su justo equilibrio:

Ir al juez es ir a la justicia, pues el juez ideal es, por decirlo así, la justicia animada. Las partes buscan en el juez como un medio entre ellas y de aquí que en algunos se llame a los jueces mediadores, como dando a entender que

¹¹⁶ Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, pág. 350.

¹¹⁷ En el tercer capítulo se abordará la objeción de este planteamiento por parte de filósofo del derecho Ronald Dworkin.

cuando alcanzan el medio alcanzan la justicia. Lo justo es pues un medio, puesto que el juez lo es [...] el juez restaura la igualdad.¹¹⁸

II.1.5 La norma fundante

Según Kelsen las normas jurídicas tienen importancia decisiva para la conformación del derecho. Al respecto, dice: “El conocimiento jurídico está dirigido hacia normas que poseen la característica de ser normas jurídicas que otorgan a ciertos acontecimientos el carácter de actos conforme a derecho (o contrario a derecho)”¹¹⁹

Para el jurista austriaco, el derecho es un conjunto de normas con efecto coactivo; el incumplimiento de una norma dada traería consigo una sanción que es el efecto coactivo. A su vez, las normas que conforman al derecho, Kelsen las define como norma positiva, las cuales prescriben o autorizan una conducta determinada donde el ciudadano debe dirigirse conforme a la norma establecida.

Desde la perspectiva de la *Teoría pura*, el derecho es un orden coactivo de la conducta humana, es un sistema de normas jurídicas válidas objetivamente. La expresión norma sería, para Kelsen, el referente universal que tendrá como función significar todo esquema de explicación de la conducta humana que se caracterice por ser el sentido de un acto de voluntad que establezca que determinado comportamiento debe ser¹²⁰.

La norma es el objeto del Derecho, afirma Kelsen, las normas jurídicas se aplican a los individuos ya sea obligándolos o autorizándolos a hacer algo. La norma jurídica como orden no es verdadera ni falsa, sino válida o no válida. Una norma jurídica es válida solo si existe, es decir, si ésta es positiva, si concuerda con el mundo de la realidad, y para que esta norma exista, es necesario que haya sido creada por un acto. Es decir, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo “Que la norma valga significa siempre que vale para algún espacio y para algún tiempo. Esto es, que ella se refiere a una conducta que solo puede producirse en algún lugar y en

¹¹⁸ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, pág. 62.

¹¹⁹ Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, pág. 18.

¹²⁰ Ídem pág. 17.

algún momento (aun cuando quizá no se produzca en la realidad)".¹²¹ Si una norma jurídica, sostiene Kelsen, no prescribe que un acto esté prohibido quiere decir que está jurídicamente permitido.

Kelsen aclara que para que una norma pertenezca al Derecho es necesario que ésta defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine dicha sanción. Si la norma prescribe una conducta determinada sin que la conducta contraria sea condición de una sanción, ésta sería irrelevante para el derecho, es decir, no la reconoce como norma jurídica. Esta condición define la diferencia específica entre normas jurídicas y normas morales* (recordemos esta misma postura en John Austin) y es precisamente su carácter coactivo, cuyo titular es el Estado, quien por medio del uso de la fuerza pública, puede imponer su cumplimiento y forzar una conducta determinada.

Una norma creada por el hombre en el espacio y en el tiempo se llama positiva, esta se diferencia de las que han sido creadas de otra manera, son las que han sido "supuestas" por un acto estrictamente intelectual. Existe una norma jurídica, si la conducta de un ciudadano corresponde o, no, a una norma positiva, aquí se emite un juicio de valor, es decir, una verificación de hecho o juicio de realidad. En cambio, cuando la norma es solo "supuesta" dicha norma no es creada por el hombre en el espacio y en el tiempo.

¹²¹ Ídem pág. 26.

* Kelsen aclara que: "Un orden normativo que regula el comportamiento en cuanto está en relación inmediata o mediata con otros hombres, constituye un sistema social. La moral y el derecho son uno de estos sistemas sociales" Pág. 38. Estas ciencias describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta a seguir por los ciudadanos. En ambos casos la norma dada es una expresión de juicios de valor. Las normas con las cuales se relacionan, han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo. Ahora bien, en el caso del derecho, es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal y como ha sido establecido por las autoridades. En cambio, las normas morales son sistemas que carecen de sanciones y solo se manifiesta por el rechazo o aprobación por parte del grupo social al que pertenece, aquí, el rechazo o la desaprobación funcionan como "sanciones" de esa sociedad. En otras palabras, Kant, lo define de la siguiente manera: "En las ciencias jurídicas se determina lo que es el Derecho, se indica la necesidad de las acciones basada en autoridad o coacción. La ética sin embargo muestra la necesidad de las acciones en razón de la obligación interna que nace de derecho de los demás en tanto que no está coaccionado a ellos", Kant Immanuel, *Lecciones de Ética*, pág. 256. Kelsen toma lo anteriormente expuesto para afirmar que el derecho y la moral son dos órdenes normativos distintos. Sin embargo afirma Alfredo Araujo que "para Kant la ley moral es fundamento del derecho, así que hay propiamente un derecho universal. En cambio, para Kelsen, ni existe una moral universal ni un derecho universal, lo universal del Derecho solo es la forma lógica norma-castigo".

Kelsen manifiesta que una norma jurídica está compuesta de una norma primaria, que es la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y una norma secundaria que es la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Entonces la norma primaria es la que lleva la nota de coacción y la norma secundaria dirige la conducta que evita la sanción.

Ahora bien, el concepto de “validez” de una norma se entiende como una especie de “fuerza obligatoria”. Según Kelsen, la validez es la existencia específica de una norma, y afirmar que una norma posee validez significa que los individuos deben comportarse como la norma lo establece. La norma misma, en su sentido inmediato, expresa qué es lo que los ciudadanos deben hacer. En otras palabras, la validez de una norma es válida cuando los hombres se ven afectados por ella y del acto mediante el cual el Estado o la autoridad pública jurídicamente reconocida, declaran como obligatoria una norma jurídica.

El deber “vale” aunque haya cesado el querer; mas vale inclusive cuando el individuo, cuyo comportamiento según el sentido subjetivo del acto de voluntad es debido, nada sepa de tal acto y de su sentido; vale cuando ese individuo es considerado como obligado, o facultado a actuar como debe. Entonces ese deber, como un deber “objetivo” es una “norma válida”, que obliga a quien está dirigida.¹²²

Nótese que lo esencialmente jurídico no está en el contenido de la norma, que puede ser ella misma justa o injusta, sino en la especial forma de imperio inexorable, que es lo que caracteriza al derecho. Lo que una norma jurídica tiene de jurídica no es lo que ella dice, sino la manera como ordena, esto es, impositivamente.

Parte relevante es que un orden normativo pierde su validez cuando deja de estar de acuerdo con la realidad. La validez de un ordenamiento jurídico depende de su eficacia y el jurista austriaco lo afirma diciendo que “un mínimo de la llamada “efectividad” es una condición de su validez... Una norma jurídica adquiere validez ya antes de ser eficaz: es decir, antes de ser obedecida y aplicada”.¹²³

¹²² Ídem, pág. 22.

¹²³ Ídem, pág. 25.

La eficacia resulta de la efectiva aplicación de las normas vigentes; es decir, la aplicación u observancia de las normas declaradas como válidas. A su vez, la comprensión de los conceptos de validez y eficacia en las normas jurídicas, se definen de la siguiente manera: una norma es válida si, a) puede decirse de ella que ha sido producida conforme con otra norma superior; y b) si es eficaz cuando menos en un cierto grado, es decir, que para el positivismo jurídico la eficacia es una conclusión de validez de las normas.

Una norma jurídica solo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecua en los hechos, por lo menos hasta cierto grado. Una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida, es decir, una norma que no alcanza cierto grado de eficacia, no es considerada como una norma jurídica válida.¹²⁴

De lo anterior, Kelsen expresa que la existencia de la norma en su validez formal se funda en su conformidad con una norma superior. Lo explica como la teoría de la jerarquía de las normas a “peldaños”, la validez de cada norma vendría sustentada por la excelencia de otra norma de rango superior y, así sucesivamente. Este proceso no puede ser infinito y para ello, según nuestro autor, debe existir una norma hipotética o ficticia fundamental llamada norma fundamental o *Grundnorm*. En otras palabras, Kelsen habla de la jerarquía de normas como una estructura en la que se concentran contempladas diferentes normas jurídicas de menor rango.¹²⁵

Las doctrinas positivistas más desarrolladas han utilizado como criterio de identificación del sistema jurídico una norma clave. Tal es el caso de la norma fundamental en Kelsen o la regla de reconocimiento de Hart.¹²⁶

Tal jerarquía se debe al grado de importancia de unas sobre otras, plasmándolo en una visión a peldaños. Estas normas pertenecen a un ordenamiento jurídico, cuando las normas inferiores encuentran su razón de validez en las superiores, se quedan en la de mayor jerarquía, esto es, en la norma fundamental; constituyendo de tal manera todo a un orden normativo. Estas normas no son un cuerpo amontonado de ideas, sino que se encuentran en diferentes rangos jerárquicos, unas sobre otras, no todas con el

¹²⁴ Ídem, pág. 24.

¹²⁵ Ídem, pág. 202.

¹²⁶ Calsamiglia Albert, *Ensayo sobre Dworkin, Los Derechos en Serio*, pág. 9.

mismo valor y están unidas por una relación fundamental o *Grundnorm*. Así definida, la norma fundamental sirve para identificar y dar unidad a las normas de todo el sistema.

De acuerdo a lo anterior, las normas jurídicas se basan en una norma fundamental que es una hipótesis necesaria de todo estudio positivo del Derecho. Esta norma no es puesta, sino “supuesta”, es decir, sostenida con un carácter metafísico. La norma fundamental, dice Kelsen, indica cómo se crea un orden al cual corresponde la conducta efectiva de los ciudadanos a quienes rige*. Así, Kelsen propone una jerarquía de normas en tres niveles:

Se define como un proceso que constantemente se renueva, en donde se observa al derecho en todo su movimiento de autoproducción, definida en una teoría dinámica del derecho. Es decir, la construcción escalonada del orden jurídico toma en cuenta su producción, y no como un orden ya establecido, estático. La totalidad del orden jurídico vigente constituye pues, un sistema construido en forma escalonada o graduada, en estructura jerárquica, en el cual cada uno de sus pisos o eslabones depende del superior y a su vez sostiene los inferiores.

El derecho no vive por sí, sino que las normas jurídicas viven en tanto las reviven los hombres ya sea repitiéndolas rigurosamente, sino también corrigiéndolas, transmutándolas, innovándolas. Es algo que fabrica el hombre y a la vez que evoluciona.

La Constitución

Tiene como función designar los órganos que están encargados de la creación de normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir. La constitución tiene la facultad de prescribir o dictar leyes, también la prohibición de ciertas leyes, en cambio no hay ley que pueda derogar a la Constitución. En este nivel está la norma

* En opinión del lusnaturalista, Peces-Barba, la norma fundante “[...] es el poder, es decir, un hecho de fuerza exterior al Derecho y que lo fundamenta puesto que la misión principal del poder soberano -del Estado- es organizar la convivencia social a través del Derecho”. Peces-Barba Gregorio, *Introducción a la Filosofía de Derecho*, pág. 41. Asimismo, Alfredo Araujo confirma que “otro argumento contra el positivismo es que este orden (sus normas, la norma fundante y demás) no se agosta en sí mismo. El orden normativo apela a un fundamento (y orden) extrajurídico que es en realidad ‘el valor intrínseco de la vida humana’. Aquí la discusión filosófica se transfiere a la existencia y justificación del valor intrínseco”.

fundamental, un supuesto del que dependerá la validez de las demás normas jurídicas.

Las normas generales

Determinan los órganos, procedimientos y también el contenido de las normas individuales que sean dictadas por las autoridades judiciales y administrativas. Las normas generales son consideradas como fuente de normas individuales.

Las normas particulares

Kelsen comenta que una norma general solo adquiere un verdadero sentido después de haber sido individualizada para su vigencia o derogación. Se trata de establecer si en su caso concreto se está frente a un hecho ilícito definido por la norma general y de ser correcto aplica el acto de coacción prescrito también en la norma general.

Observa Kelsen que toda estructura jurídica positiva supone la observancia del legislador, así se agrupan las normas positivas en cuya base superior están las normas constitucionales. Nos explica que respetando el orden jerárquico de las normas se formaría así un ordenamiento jurídico coherente. La validez de las normas, por lo tanto, vendría dada por el modo de la producción de las mismas y no por el contenido bueno o malo, justo o injusto –la cual Kelsen considera irrelevante–O, en palabras de Kelsen: “una norma pertenece al orden sustentado en semejante norma fundante, en tanto ha sido producida en la manera determinada por la norma fundante básica, y no por tener determinado contenido”.¹²⁷ Así también, cualquier norma jurídica no podría considerarse aisladamente sino como parte integrante de un marco normativo complejo y unitario, y considerando sus propias reglas de vigencia y derogación.

Ahora bien, la validez de todas las normas de un orden jurídico viene a desembocar en última instancia en la Constitución, entendida ésta como la norma que determina la suprema competencia del sistema jurídico, es decir, la suprema autoridad del Estado.

II.1.6 Derecho y Estado

¹²⁷ Ídem, pág. 204.

Al respecto, Kelsen se opone rotundamente al dualismo del Derecho y el Estado (recordemos que John Austin separaba los conceptos) al declarar que es sólo una superflua duplicación del mismo objeto y defendió su intrínseca unidad o monismo. Kelsen, como ya se ha mencionado, no concibe más Derecho que el emanado del Estado, es decir, realiza una gran distinción marcando que el Derecho tiene el respaldo en el Estado que actúa como efecto coactivo ante el incumplimiento de algo que la norma prescribe. Es decir, “no es otra cosa que la eficacia del orden jurídico estatal”. Para comprender mejor el concepto de Estado el filósofo mexicano Luís Villoro, lo manifiesta de la siguiente manera:

Estado y nación son conceptos distintos; Estado se refiere a un orden de poder soberano sobre un territorio limitado, que se reserva el monopolio de la violencia legítima. Nación, en cambio, es una comunidad de cultura, en el espacio y en el tiempo, unida por una tradición y un proyecto comunes. La unión del Estado y la nación es un invento moderno.¹²⁸

El Estado existe solo en tanto y como se expresa en el ordenamiento jurídico, y de ninguna manera como poder social, ni como complejo de fuerzas históricas, ni como nación, ni como opinión pública, ni como condicionantes económicos, ni como proceso de integración política. Kelsen toma una postura radical, pues el Estado solo existe únicamente como sujeto y objeto de las normas jurídicas, es decir, como un sistema de todos aquellos actos que en el ordenamiento jurídico están atribuidos a la unidad de éste, el Estado.

La unidad de los hombres que constituyen la población del Estado no puede reconocerse sino en el hecho de que un mismo orden jurídico vale para esos hombres, en que su conducta se encuentra regulada por un mínimo orden jurídico. La población del Estado es el dominio de validez personal del orden jurídico estatal.¹²⁹

Para el jurista austriaco, el derecho anterior al Estado es concebido como “derecho primitivo pre-estatal”. El emanado del Estado es un orden normativo, o en otras palabras, coercitivo centralizado con validez espacial delimitada por el territorio nacional y validez temporal por el tiempo de su vigencia. Según nuestro autor, es el

¹²⁸ Villoro Luís, *Los retos de una sociedad por venir*, pág. 197.

¹²⁹ Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, pág. 293.

único Derecho a tener en cuenta para todo el que deseara ser un verdadero “científico” positivista del derecho.

De acuerdo a lo anterior, el Estado no es más que un orden coactivo de la conducta humana y es este orden precisamente el orden jurídico. Por lo tanto, para Kelsen todo acto estatal es un acto de una o determinadas personas, acto humano que se arroga al Estado en virtud de una norma jurídica. Destaca que las normas jurídicas no proceden o emanan del Estado, una norma jurídica es creada por determinados hombres, autorizados para ello por otra norma anterior.

Así, cuando se indica la “voluntad del Estado” no se refiere a ningún fenómeno real de voluntad psicológica de unos hombres, sino a una construcción jurídica formal, es decir, a la personalidad del Estado como centro común de imputación de todos los mandatos contenidos en el ordenamiento jurídico.

II.1.7 Crítica a Kelsen

A manera de conclusión afirmamos que, Kelsen al preocuparse exclusivamente de las normas jurídicas y su forma, olvida algo que es vital, que es el contenido de las mismas y su objetivación. Por otro lado, la pureza metódica le da autonomía al derecho, pero si el derecho, comprendido como un producto social no incluye aspectos tan relevantes como la interrelación con otras ciencias afines como la economía, la psicología o la historia, entre otras, entonces no estamos hablando de una concepción del derecho completa. Recordemos que el filósofo Alemán Friedrich Kart Von Savigny (1779-1861) al abordar los temas jurídicos, exalta de manera contundente el derecho consuetudinario* considerándolo así, como fuente de derecho real, auténtica y primaria. La reacción antirracionalista y la exaltación de lo instintivo, que caracterizan al romanticismo, se manifiestan en la escuela histórica en cuanto que

* En el comienzo de las sociedades la norma se inicia de ordinario bajo la forma consuetudinaria. La costumbre aparece como instancia reguladora de toda conducta. En la costumbre primitiva se involucran preceptos religiosos, imperativos morales, reglas de trato, preceptos jurídicos, a su vez, de esta costumbre considerada como adaptación mecánica e irreflexiva se va pasando paulatinamente a la conciencia de la misma costumbre como algo normativo, es decir, como algo que no solamente ha sido y es, sino que se estima también que debe ser. Así, la repetición colectiva e impersonal de un comportamiento, es una forma de vida objetivada y socializada en la cual pueden manifestarse sentidos muy diversos tales como normas jurídicas y normas morales.

sostiene que el Derecho no puede ser la labor de una especulación racional de tribunales.

Aquí la costumbre es elevada a la fuente primaria del derecho, como la afirmación de un espíritu del pueblo o alma racional, es decir, Savigny cree firmemente que el derecho está dentro de la geografía, el clima y la cultura de un pueblo.¹³⁰ Así, mediante estas consideraciones, la ley como la costumbre manifiestan una voluntad social predominante y si las normas jurídicas eliminan las realidades históricas y sociales, se corre el peligro de apartarse de la realidad de las necesidades de la comunidad. Al respecto Mario Magallón comenta que:

La ciencia que renuncia a la praxis que se interesa en sí misma y en salvaguardar el sistema social vigente, y que busca encubrir su función instrumental; la que intenta separar la relación entre el pensar y el obrar, esta es la renuncia a la propia humanidad.¹³¹

Como antítesis a la negación del derecho natural, el siglo XX ve surgir a un notable jurista y filósofo norteamericano el cual afirma que para reflexionar en torno a la situación de justicia de una sociedad bien establecida, es necesario el auxilio de la ética*. John Rawls (1921-2002) en su obra más sobresaliente llamada *teoría de la justicia* escrita en 1971, argumenta a favor de una reconciliación de los principios de libertad e igualdad a través de la justicia como equidad. Para el logro de sus objetivos, es central su famoso acercamiento al problema de la justicia distributiva. Además, en sus consideraciones introductorias Rawls sostiene la importancia del concepto de equilibrio en su teoría. Así, el equilibrio social es garantía de un orden justo. Brevemente analizaremos su teoría.

El objeto de la justicia es la justicia social. Por lo tanto el objeto primordial de la justicia como imparcialidad consiste en resguardar el orden fundamental de la sociedad o, con

¹³⁰ Verdross Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, pág. 292.

¹³¹ Magallón Anaya Mario, *José Gaos y el crepúsculo de la filosofía latinoamericana*, pág. 59.

* La virtud social es objeto de la ética. La mayor virtud social es la justicia. Rawls define la justicia como "la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento". Por lo tanto, Rawls equipara virtud con verdad. "Virtud: (griego *areté*) En la filosofía de Aristóteles la virtud es aquel estado de una cosa que constituye su excelencia peculiar y le capacita para realizar adecuadamente su función; particularmente, en el hombre, la actividad de la razón y de los hábitos ordenados racionalmente" Diccionario de filosofía, Dagobert D. Runes, México, Grijalbo 1996.

más precisión, para que las cosas queden en su sitio equilibrado, el objeto de la justicia es el modo en que las grandes instituciones sociales reparten los derechos y obligaciones primordiales y establecen también la repartición de las ventajas que son producto de la colaboración social.¹³² Rawls entiende por grandes instituciones la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales

Según Rawls la justicia es imparcial si y sólo si se trata de un conjunto original de principios que establezcan derechos y deberes básicos de los individuos y que a su vez fijan lo que se supone la distribución equilibrada de las obligaciones y utilidades de la participación social.¹³³

La hipótesis de imparcialidad nos conduce a la tesis sobre el *contrato social** que sirve como antesala metafísica de la teoría de la justicia de John Rawls. Reconoce en la naturaleza la posición original ideal de la cual se parte para suponer el edificio filosófico que alberga a la justicia. Por lo tanto, la naturaleza es considerada como una condición de posibilidad de los axiomas de elección de una sociedad justa. En esto Rawls hace eco de una vieja tradición que sabe reconocer en la naturaleza la base del derecho, y por ende, de la justicia. Así tenemos que tal concepción está en Cicerón: “El derecho no se funda en convicciones, sino en la Naturaleza”.¹³⁴ Por lo tanto, La imparcialidad es una condición de la justicia, pues para que ésta exista debe presentarse la posibilidad de obrar sin prejuicios y con equidad.

Como hemos podido apreciar, el objetivo primordial del filósofo del derecho John Rawls es ofrecer una convivencia equilibrada e imparcial entre los seres humanos, mediante libre decisión; Kelsen en cambio ofrece una postura científicista, con estructuras jurídicas perfectamente rigurosas y estructuradas. Bajo estas

¹³² John Rawls, *Teoría de la justicia*, pág. 20.

¹³³ John Rawls, *Teoría de la justicia*, pág. 23.

* El contrato social es la condición de posibilidad de la justicia. En consecuencia la justicia en el contrato social es cuando los hombres “entienden la necesidad de disponer de un conjunto característico de principios que asignen derechos y deberes básicos y de determinar lo que consideran la distribución correcta de las cargas y beneficios de la cooperación social, y están dispuestos a afirmar tales principios” John Rawls, *Teoría de la justicia*, pág. 19.

¹³⁴ Cicerón en *Pensamientos de Marco Tulio Cicerón*, Cura, Gras, Domingo César, Prometeo Libros 2004. Colección Ciencias Sociales, pág. 52.

consideraciones, resulta obvio que al no reconocer el Derecho natural y sus postulados como la justicia, tampoco sirve de primacía en la inspiración de las leyes, en otras palabras, el derecho natural no es considerado en el momento de la promulgación de las leyes.

Las tesis de Kelsen fueron aceptadas y muchas veces matizadas o modificadas, por importantes grupos de juristas pertenecientes al Círculo de Viena. En la actualidad, existe una tendencia contraria a la teoría pura del derecho y más aun, a partir de los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial. Lo que no quiere decir que se debe negar su relevancia e importancia, ni rechazar todos los grandes aportes que en forma tan deslumbrante nos legó.

El positivismo se extendió y dominó las ciencias naturales y sociales, pero, Ello no obsta, naturalmente, para que hayan seguido existiendo corrientes iusnaturalistas y para que, en nuestro siglo, especialmente después de la segunda guerra mundial, se haya podido hablar del “renacimiento del derecho natural”.¹³⁵

Asimismo, para fines del siglo XIX, el iusnaturalismo aparentemente estaba desapareciendo para las corrientes dominantes del pensamiento jurídico, es decir, el derecho positivo. Ya para el siglo XX, y, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, el iusnaturalismo experimenta un renacimiento preponderante, sobre todo en Alemania a consecuencia del régimen nazi, Esta doctrina renace a partir del desastre material y moral al que llegó aquel régimen del pueblo germano. Sobre estas nuevas bases surgirá la concepción del derecho del jurista inglés H.L.A. Hart, en el cual, en forma matizada ofrecerá a la ciencia quizá un de sus mejores teorías dentro del positivismo, esto es, “el contenido mínimo de la moral”.

II.2 La teoría del derecho de H. L. A. Hart

Las reglas jurídicas funcionan como tales en la vida social: ellas son usadas como reglas, no como descripciones de hábitos o como predicciones. Sin duda que son reglas con una textura abierta y que en los puntos en que la

¹³⁵ Atienza Manuel ob. cit. pág. 111.

textura es abierta los individuos solo pueden predecir cómo decidirán los tribunales y ajustar su conducta a ello.¹³⁶

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) es indudablemente uno de los teóricos legales más brillantes del siglo XX. Su obra, *El concepto del derecho*, escrita en 1961, es una referencia obligada si se quiere dar cuenta del panorama actual de la filosofía y teoría del Derecho, tanto en la tradición anglosajona, al que nuestro jurista pertenece, como a las corrientes de la Europa continental*. Los temas que abarca en su libro, muestran como Hart se sitúa en el centro mismo del debate jurídico contemporáneo y da un nuevo impulso a los estudios iusfilosóficos en Inglaterra. No desarrolla una teoría jurídica como sus antecesores, Bentham, Austin y Hans Kelsen, sin embargo, se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico mediante el lenguaje.

H. L. A. Hart, al igual que Hans Kelsen, fue un inminente catedrático en la universidad de Oxford y al retirarse de tan importante cargo, el puesto fue ocupado por el iusfilósofo Ronald Dworkin, y como veremos en el próximo capítulo, uno de sus más serios críticos en la actualidad, quien en su libro *Los derechos en serio* escrita en 1977, desarrolla la tesis según la cual un sistema jurídico no solo está integrado por reglas sino también por principios. Según Dworkin, si se utiliza la regla de reconocimiento de Hart (que identifica a las normas de acuerdo a su origen) dichos principios no formarían parte del sistema jurídico.

Hart sostiene que la teoría jurídica analítica tiene por delante una enorme tarea: emprender un nuevo análisis que con paciencia y finura, sin prisas innecesarias ni ideas preconcebidas, clarifique los variadísimos subusos y peculiaridades de este uso del lenguaje que llamamos normativo.¹³⁷

¹³⁶ Hart H.L.A., *El concepto del derecho*, pág. 172.

* La teoría jurídica desarrollada en los países del *common law* y la correspondiente a la *Europa continental*, prácticamente se han formado en una indiferencia mutua. "Uno de los grandes méritos de la obra de Hart es que ha atravesado las líneas que separaban estas dos vastas áreas de cultura jurídica. Su libro *The Concept of Law*, recoge la influencia de pensadores de Europa Continental." Carrió Genaro, *Dworkin y el positivismo jurídico*, pág. 8.

¹³⁷ Carrió Genaro R., prefacio a *Derecho y moral* de H. L. A. Hart, Editorial. Desalma, Buenos Aires, 1962, pág. XVIII.

Durante el siglo XX, Hart ha sido uno de los autores que más ha contribuido a su renovación. En este impulso renovado juega un papel destacado la nueva aportación filosófica analítica del lenguaje, que Hart ha llevado a la discusión de problemas clásicos del derecho y la justicia. Su desarrollo fluye en el marco de la teoría jurídica analítica, el cual se ocupa principalmente de clarificar la estructura general del pensamiento jurídico. El supuesto filosófico de nuestro jurista consiste en la intención de superar el modelo clásico de “órdenes respaldadas por amenazas” de sus antecesores, y sustituirlo por la unión de reglas primarias y secundarias.

La renovación de la escuela de jurisprudencia analítica de la que habla Hart, surge en los años 50s a partir de un período de desprestigio. Incluso se llegó a pensar que los estudios de ese tipo se encontraban rebasados. El ataque afectaba de modo similar a las formas de positivismo jurídico continental, de modo particular a la teoría pura del derecho elaborada por Hans Kelsen. El jurista alemán tenía algunos elementos comunes con John Austin. Esta actitud se origina después de 1945, como consecuencia de la traumática experiencia de la Segunda Guerra Mundial y como ya se ha comentado en líneas arriba, el iusnaturalismo resurge desencadenando una despiadada crítica contra el positivismo jurídico. Incluso los propios juristas alemanes de ese tiempo, como Hans Welzel (1904-1977) llegan a cuestionarse acerca de las leyes que imperan en ese momento y la forma en que habrán de replantearlas y modificarlas.

Las espantosas experiencias de esa época, dice Welzel, 'pusieron de cabeza la anterior valoración del derecho positivo. Allí donde el delito es el contenido de las leyes, la ley deja de dar positividad del derecho, por que no ofrece ya ninguna garantía de ser su indicadora'.¹³⁸

La derrota del régimen totalitario nacionalsocialista trajo consigo multitud de problemas jurídicos, teóricos y prácticos. Por un lado había que llevar a término los juicios de posguerra; por otro, debían tener una justificación moral. Así resurgen las teorías del derecho natural. El positivismo jurídico fue atacado desde muchos frentes, señalado como ideología responsable del totalitarismo. De acuerdo con las teorías

¹³⁸ García Maynez Eduardo, *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo*, pág. 125.

iuspositivistas, no debería castigarse a los criminales de guerra que actuaron conforme al derecho vigente al cometer sus crímenes.

Quizás el acontecimiento más famoso en el ámbito filosófico-académico fue la conversión del jurista alemán Gustave Radbruch (1878-1949); en sus obras anteriores a 1945 defendió el relativismo y el positivismo jurídico como la actitud científica ante el derecho; después de 1945 defendió la teoría de un "derecho supralegal", contra el cual no tienen valor las leyes del Estado. Sin embargo hay quienes afirman como en el caso del jurista y filósofo alemán, Arthur Kaufman (1923-2001) que su pensamiento pasó por una evolución, a saber:

[...] sino en cualquier caso, de una variación de "acento" que impone al pensamiento sobre los valores, acento que en la segunda parte cobrará mayor peso ontológico. Esta tesis la demuestra el hecho de que también en su etapa de juventud Radbruch exigía un mínimo de contenido axiológico.¹³⁹

De acuerdo a lo anterior, *El concepto del derecho* es el resultado de una investigación relevante, pues llevó a cabo la censura a las teorías imperativas del derecho y en particular la doctrina de John Austin y Hans Kelsen; así como también llamó la atención sobre la "textura abierta" de numerosas reglas jurídicas, de donde surgirá la necesidad de que los tribunales ejercieran una limitada función creativa del derecho a "discrecionalidad".

Ahora bien, la "jurisprudencia analítica" que surgió con John Austin y su continuador H. L. A. Hart es, desde la mitad del siglo XIX, una de las orientaciones más importantes de la teoría del derecho. El particular estilo de reflexión dentro de la filosofía del lenguaje, especialmente del filósofo matemático Ludwig Wittgenstein (1889-1951) y los problemas de filosofía jurídica son los mismos que se dieron en Inglaterra desde el siglo XIX.

Ya en el siglo XX la filosofía analítica es considerada una verdadera transformación en sus diferentes manifestaciones. Se considera iniciador de este movimiento al matemático y filósofo alemán, Friedrich Ludwig Gottlob Frege (1848-1925) y su

¹³⁹ Martínez Bretones María Eugenia, *Gustave Radbruch vida y obra*, Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, 2003, pág. 85.

cumbre en el austriaco Wittgenstein. Precisamente la inspiración básica de la renovación iniciada por Hart proviene de esta corriente por entonces vigente en la universidad de Oxford. Apoyándose en este nuevo modelo de cultivar la filosofía, dará una explicación original de los temas tradicionalmente utilizados por la teoría del derecho con la intención de dar certeza y claridad a los temas jurídicos.

Para Frege parece necesario disponer de un instrumento lingüístico apropiado como algo previo al pensamiento mismo sobre los objetos, asimismo afirmó su confianza en “concebir a la filosofía como una lucha contra los defectos lógicos del lenguaje y mostró, al mismo tiempo, como podría emprenderse una lucha por medio de una teoría de la “referencia”.¹⁴⁰ La elaboración de un lenguaje científico, lógico, libre de las confusiones usuales en el lenguaje ordinario, será su preocupación fundamental, y más tarde también para los filósofos y matemáticos como el británico Bertrand Russell (1872-1970) Ludwig Wittgenstein.

La actitud analítica comenzó por la necesidad de contar con un instrumento lingüístico y conceptual adecuado que deshiciera las trampas que el lenguaje tiende al pensamiento. Frege quería fundamentar las matemáticas en la lógica. Requería un lenguaje libre de las ambigüedades del lenguaje ordinario. Esta asociación inicial entre análisis y lógica condujo, después de Frege, al científicismo y al reduccionismo de valorar como "expresiones con sentido" únicamente aquellas susceptibles de ser formuladas en un lenguaje formalizado y rígido.

La afirmación de que los problemas filosóficos son problemas lingüísticos que pueden disolverse como pseudoproblemas mediante un riguroso análisis del lenguaje, está ligada a la tesis wittgensteniana de su primera etapa, según la cual las proposiciones filosóficas carecen de sentido, pues no describen un hecho o una situación. No hay verdades filosóficas en el sentido en que hay verdades científicas: “La filosofía no es un saber sustantivo, sino una actividad”.¹⁴¹

¹⁴⁰ Acero José, *Filosofía y análisis del lenguaje*, Madrid, Cincel, 1985, pág. 20.

¹⁴¹ Acero José, *Filosofía y análisis del lenguaje*, Madrid, Cincel, 1985, pág. 23.

Los filósofos británicos, George Edgard Moore, (1873-1958) y Bertrand Russell (1872-1970), retoman el movimiento anti-idealista. Con todo, existe una diferencia importante entre ambos. Russell se interesa por el lenguaje, la lógica, las matemáticas y la ciencia, más que por la ética. Su filosofía del atomismo lógico manifiesta desconfianza ante el lenguaje ordinario, en cuanto un obstáculo para el rigor de una filosofía científica y afirma que “prácticamente toda la metafísica tradicional está plegada de errores, fruto de una mala gramática”.¹⁴² Moore, en cambio, es un filósofo preocupado por la ética. Su actitud analítica no es contraria al lenguaje ordinario, y más bien se apoya en esta teoría.

Otros filósofos, entre ellos Russell, siguiendo la inspiración rígida de Frege, estimarán insuficiente o equivocado acudir sin más al lenguaje común para la práctica del análisis, y tratarán de construir un lenguaje basado en el de la matemática y la ciencia que permita dar al análisis un rigor científico. Las proposiciones o enunciados de la filosofía carecen de sentido al no haber verdades filosóficas en el sentido en que hay verdades científicas. Esto llevó a la primera formulación tajante de una de las doctrinas más características de la filosofía analítica.

A partir de la llegada de Wittgenstein a la Universidad de Cambridge en 1929 y de su contacto intelectual con Moore, se comienza a retomar la línea del lenguaje ordinario de la filosofía analítica iniciada por Moore, dejando atrás las teorías inscritas en el *Tractatus logico-philosophicus*. En 1936 Wittgenstein da inicio a su trabajo que más tarde serían las *Investigaciones filosóficas*:

Las investigaciones filosóficas de Wittgenstein constituyen una revisión crítica de una “teoría” del lenguaje que ha dominado a la totalidad de la historia de la filosofía y presenta una nueva concepción del significado. El supuesto fundamental es el de conocer que el lenguaje es un fenómeno complejo y que las distintas concepciones del mismo hayan privilegiado algún aspecto del mismo a partir de exigencias “teóricas” específicas. A partir de esta obra se inició el estudio de lenguajes naturales como fuente primordial de problemas filosóficos. Esto no significó la cancelación del análisis filosófico relacionado con los conceptos de la ciencia y de la lógica, por ejemplo la obra de Bertrand Russell giró fundamentalmente en torno a éstas y se negó rotundamente a considerar a los lenguajes naturales como

¹⁴² Acero José, *Filosofía y análisis del lenguaje*, Madrid, Cincel, 1985, pág. 64.

fuentes valiosas de problemas; lo cual tampoco significó la ausencia de análisis y participación activa en cuestiones éticas o políticas en su prolongada y fecunda carrera.¹⁴³

Una orientación similar de la filosofía analítica tiene lugar, por la misma época, en Oxford, encabezada por el filósofo británico Gilbert Ryle (1900-1976). En relación al profesor Hart siendo uno de los miembros del "grupo de Oxford" de filosofía analítica del lenguaje ordinario, recibe el influjo de esta orientación filosófica, que puede encontrarse en el segundo Wittgenstein. Las derivaciones de esta corriente hacia el campo de la ética son bien conocidas por Hart y tienen cierta repercusión en su pensamiento. Se puede afirmar que el mismo Hart es quien aplica esta filosofía al campo del derecho; o al menos es el autor más destacado en su momento. Es decir, la empresa de utilizar la filosofía lingüística en el análisis del derecho o de explorar las relaciones entre derecho y lenguaje.

Por la importancia de estos antecedentes, expongo a continuación brevemente las principales ideas de la filosofía general que sirven de inspiración a la jurisprudencia analítica hartiana de acuerdo al segundo Wittgenstein y la filosofía del lenguaje ordinario.

a) El rechazo de la tendencia a generalizar, reducir y explicar la multitud de diferencias que expresan los diversos tipos de lenguaje considerados como formas de vida. Lenguajes sin nada en común. "La receta de Wittgenstein para combatir este impulso era simple ¡no piense! ¡Mire primero!" El propio lenguaje ha creado la confusión de creer que hay unas "esencias" y "significados" tras el lenguaje. No las hay, ni tampoco el lenguaje tiene una esencia que pueda ser analizada. Hay que luchar contra la propensión "natural" a ver "esencias", "realidades últimas" que se ocultan tras nuestro lenguaje. Los problemas filosóficos son pseudoproblemas y la filosofía tiene por función disolver esos pseudoproblemas, curar las enfermedades del entendimiento. Así, el no considerar que hay diferentes funciones del lenguaje hace surgir las perplejidades filosóficas. De aquí deriva como consecuencia la idea de que

¹⁴³ Reyes López Pedro Joel, *Filosofía de la ciencia y problemas del lenguaje*, introducción a la guía de estudios de 7º semestre, 2005.

se debe mirar el lenguaje ordinario tal como está, sin acudir a un lenguaje formalizado lógico o matemáticamente.

b) La tesis de que las palabras no pueden definirse adecuadamente en sí mismas porque no hay una "esencia" o cualidad común a todos los individuos ni tampoco una "imagen mental" que en cada uno corresponda siempre a esa palabra. La comprensión de las palabras y oraciones sólo es posible mirándolas en su uso en un contexto determinado de actividad.

c) No hay significados, sino usos. Se ha de luchar contra la ilusión de encontrar la esencia del lenguaje. No hay un orden superior al del lenguaje cotidiano en sus variados usos. No hay procesos mentales mediante los cuales alcanzamos el conocimiento de una esencia que expresamos en una palabra. Lo importante no es lo que la palabra significa puesto que en realidad no significa nada independientemente de la función que desempeña. No se trata de explicar nada sino de describir. Una descripción atenta, sin prejuicios teóricos, acabará con el hechizamiento de que es víctima nuestra inteligencia. Los problemas filosóficos se resuelven mirando dentro del funcionamiento de nuestro lenguaje. Se resuelven no ofreciendo una nueva información, sino poniendo en orden lo que de siempre conocemos.

d) La tesis de que se deben rechazar las teorías preconcebidas, que reducen la complejidad de las actividades, y atenerse a la inmediatez en el lenguaje cotidiano.

Sucede entonces, que los filósofos obsesionados por el método científico buscan reducciones (o explicaciones) allí donde no hay nada que reducir (o explicar). La metafísica, afirma Wittgenstein, en *el Cuaderno azul*, tiene su origen en el intento de unificar aspectos de la realidad completamente independientes. La filosofía es una empresa puramente descriptiva. Sus preguntas deben plantearse y contestarse con independencia del modo en que la ciencia se formula y responde a las suyas.¹⁴⁴

Estos serían pues, los antecedentes que adopta Hart para desarrollar su postura. Ahora bien, el punto de partida de Hart está dado en que la existencia del derecho, para algunos juristas, está en oposición a sus planteamientos:

¹⁴⁴ Acero José, *Filosofía y análisis del lenguaje*, Madrid, Cincel, 1985, pág. 167.

Donde quiera que haya un sistema jurídico es menester que exista alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas. Esa persona o cuerpo debe ser internamente supremo y externamente independiente. Si de acuerdo con Austin, llamamos “soberano” a tal persona o cuerpo de personas supremo o independiente, las normas jurídicas de cualquier país serán órdenes generales respaldadas por amenazas dictadas por el soberano o por los subordinados que obedecen a aquel.¹⁴⁵

Significa que ciertos tipos de conducta humana no son ya optativos sino obligatorios. El sentido primero, y el más simple, en que la conducta no es ya optativa, se presenta cuando un hombre se ve forzado a hacer lo que otro le dice porque el otro lo amenaza con consecuencias desagradables si se rehúsa a hacer lo que este quiere. Está claro que esta postura en la cual una persona da a otra una orden respaldada por amenazas en el sentido de obligar a cumplir, muestra la esencia del derecho.

Hart ubica en esta posición a Austin, si bien podría incluirse en la misma perspectiva a Kelsen. Hart condena esta postura imperativa del derecho por hacer caso omiso de los fenómenos sociales a la aceptación de ciertas reglas sociales, pues aclara nuestro autor que existen reglas jurídicas que difieren de las órdenes en su modo y origen, porque ellas no son creadas por nada análogo a una prescripción explícita.

Al respecto, recordemos que en las teorías anteriormente expuestas, principalmente en la teoría de Austin y de Hans Kelsen, en la cual expone que en la legislación brota la única fuente del derecho positivo creada por el soberano y por los legisladores; Hart acepta como reglas del sistema jurídico sistemas autónomos al derecho tales como las costumbres que no son desarrolladas por un legislador.

El argumento principal para criticar esta postura, es que si bien, las leyes penales y las que regulan la responsabilidad extracontractual se parecen a las órdenes coercitivas, hay otras normas jurídicas que cumplen una función diferente, tales como las que establecen la forma de realizar los contratos, otorgar los testamentos y celebrar los matrimonios. Estas dan potestades y en nada se parecen a las órdenes coercitivas. Es decir, hay otras variedades de normas, principalmente aquellas que

¹⁴⁵ Hart H.L.A., *El concepto del derecho*, pág. 32.

confieren potestades jurídicas para decidir litigios o legislar (potestades públicas) o para crear o modificar relaciones jurídicas (potestades privadas), que no pueden, sin caer en el absurdo, ser interpretadas como órdenes respaldadas por amenazas.

Ahora bien, nuestro autor llega a la conclusión de que “[...] el modelo simple del derecho como órdenes coercitivas del soberano (en la teoría de Austin), no reproduce algunas de las características salientes de un sistema jurídico”¹⁴⁶. Hart deja de lado este grupo de teorías, haciendo un estudio de sus dificultades, a saber: En primer lugar es claro que aunque entre todas las variedades de derecho son las leyes penales, que prohíben o prescriben ciertas acciones bajo castigo, las que más se parecen a ordenes respaldadas por amenazas dadas por una persona a otras, tales leyes, sin embargo, difieren de dichas órdenes en una aspecto importante. Esto es, que por lo común también se aplican a quienes las sancionan y no simplemente a otros. En otras palabras, el análisis del derecho en términos del soberano es habitualmente obedecido y necesariamente libre de toda limitación jurídica

Hart propone un análisis del concepto de derecho basado en el complejo fenómeno social de la aceptación de reglas últimas de reconocimiento que establecen criterios por medio de las cuales cada comunidad decide si una determinada regla es parte del derecho. Sea cual sea el grado de acierto de este modelo alternativo, es indudable que no puede confundirse con el modelo de Austin ni con ninguna otra teoría positivista que vea en el derecho la “voluntad del Estado.”¹⁴⁷

Además, no dan razón de la continuidad de la autoridad legislativa, es un fundamento importante en la teoría de Hart ya que como se recordará, en la teoría simple de Austin el soberano así como sus representantes no designan las normas jurídicas. Característica de un moderno sistema jurídico, y la persona de la autoridad o personas soberanas no pueden ser identificadas con el electorado o con la legislatura de un estado moderno¹⁴⁸. Al respecto y como crítica fundamental a la teoría simple de Austin, consiste en que éste no considera la distinción entre dos tipos de reglas, la primaria y la secundaria.

¹⁴⁶ Hart H.L.A., *El concepto del derecho*, pág. 99.

¹⁴⁷ Carrió Genaro, *Dworkin y el positivismo jurídico*, pág. 18.

¹⁴⁸ Hart H.L.A., *El concepto del derecho*, págs. 99-100.

II.2.1 Regla primaria y regla secundaria

Dice Hart, pensar en una comunidad prejurídica simple, en donde no se visualicen conceptos tales como legislatura, tribunales y funcionarios, donde quizás el único medio de control social sea una disponibilidad general de grupos hacia pautas o criterios de comportamiento, y de los cuales surgen simples reglas de obligación. En este punto, según Hart, la postura de Austin es comparable. Estas comunidades se guían por las “costumbres” que Hart denomina estructura de reglas primarias de obligación. Una forma tan simple de control social, con un régimen de reglas no oficiales, terminan siendo incompletas y defectuosas y sería necesario introducir otras estructuras diferentes para hacerlas más completas.

El derecho creado en forma insegura como es el caso del soberano en una sociedad particular, y sobre todo, sin una legislación, es difícil de imaginar, y solo se podría admitir en una pequeña comunidad unida por fuertes lazos familiares, pero igualmente llevaría a varios problemas de aplicación e implementación, pues surgirán dudas acerca del tipo de reglas, y, por consiguiente, su forma de aplicación. Esto surge a falta de la existencia de reglas secundarias que otorguen poder a los individuos y transformen las reglas de la comunidad con mayor certeza.

Al respecto, Hart distingue entre reglas primarias, que versan acerca de conductas posibles, y reglas secundarias, que versan acerca de las reglas primarias en un triple sentido, porque las reconocen, establecen las condiciones para cambiarlas y deciden las controversias que surjan entre ellas. Las reglas secundarias son necesarias porque las reglas primarias padecen de graves defectos, esto es, son inciertas, insuficientes y con una total falta de certeza. Son imperfectas porque la comunidad no cuenta con un sistema coherente y solo se observa un conjunto de pautas y criterios individuales y sin conexión alguna para ser distinguidos y son tres las características:

Inicialmente, no poseen una fórmula o sistema para solucionar los problemas que se presentan entre los individuos, para así, solucionar las dudas y conflictos; en segundo lugar, en este tipo de sociedad, se establece un carácter estático por que, a falta de legislación, no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a los cambios, es

decir, la sustitución de reglas antiguas de acuerdo al proceso evolutivo; y por último, la ineficiencia y la falta de presión social que se debe ejercer para hacer cumplir las reglas. El hecho de que los castigos por la violación de reglas y otras formas de presión social que implican la fuerza no son dirigidos y administrados por un órgano especial. La solución, según Hart, a estas fallas de estructuras sociales simples consiste, como lo mencionamos líneas arriba, en lo siguiente:

Mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, estas reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. Ellas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible.¹⁴⁹

Ahora bien, tanto el dinamismo como la eficiencia de las reglas serían la unión de estas reglas primarias (únicas en la comunidad) y reglas secundarias (creadas para solucionar problemas). Aquí, la constitución tiende a ser la regla o norma secundaria que permite decidir si un determinado enunciado legal es o no una norma o regla primaria y, por lo tanto, si es parte del orden jurídico. De lo anterior, se derivan tres tipos de componentes de las normas secundarias

II.2.2 Reglas de reconocimiento

Sirven para identificar qué normas pertenecen a un sistema jurídico y el criterio de identificación sería el de origen. Para solucionar la falta de certeza, Hart introduce lo que llama la "regla de reconocimiento", y especifica alguna característica o características que debe tener una regla primaria para poder ser considerada como integrante del sistema

Esta regla de reconocimiento puede asumir formas diversas: puede identificar las reglas integrantes del sistema por referencia al texto de las mismas, o bien a alguna característica como el hecho de haber sido sancionada por un cuerpo específico. Incluso puede estructurar las normas en un sistema jerárquico. Es decir que tendremos en este supuesto un conjunto unificado de normas, en vez de un conjunto de normas inconexas entre sí.

II.2.3 Reglas de cambio

¹⁴⁹ Hart H.L.A., *El concepto del derecho*, pág. 117.

Indican un procedimiento para que las reglas primarias cambien en el sistema y así dinamizar el ordenamiento. Para solucionar el carácter estático de las normas primarias, Hart introduce un nuevo tipo de normas secundarias: "las reglas de cambio". Son reglas secundarias que posibilitan la creación, modificación y derogación de las normas jurídicas, al otorgar potestades por las que determinadas personas o grupos de personas como los legisladores o los juristas pueden crear, modificar o dejar sin efecto normas jurídicas.

II.2.4 Reglas de adjudicación

Dan competencia a individuos para que establezcan si se infringió o no una regla primaria. Para solucionar el tercer problema de la estructura social simple de reglas de obligación, esto es, la difusa presión social frente al incumplimiento, Hart añade "las reglas de adjudicación", que son reglas secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión se ha transgredido una regla primaria. Estas reglas no solo identifican a los individuos que pueden juzgar sino que también determinan el procedimiento a seguir.

Un sistema que tiene reglas de adjudicación está también necesariamente enlazado a una regla de reconocimiento de tipo elemental e imperfecto, esto es, porque los tribunales están facultados para hacer determinaciones revestidas de autoridad sobre el hecho de que una regla ha sido transgredida.

[...] en un sistema jurídico desarrollado, donde hay tribunales, poder legislativo y reglas secundarias constitucionales de reconocimiento y cambio, las obligaciones jurídicas surgen también con frecuencia de un tipo de reglas legales emitidas por un poder legislativo aplicadas por los tribunales. Tales reglas promulgadas pueden no ser aceptadas por los miembros de una sociedad y pueden ser apoyadas por la presión social sobre quienes se desvían o amenazan con desviarse no obstante son reconocidas por los tribunales como reglas válidas del sistema jurídico.¹⁵⁰

Así, la regla que confiere jurisdicción es también una regla de reconocimiento que identifica a las reglas primarias a través de las decisiones de los tribunales, y estas decisiones se convierten en una "fuente" de derecho. En otras palabras, estas reglas

¹⁵⁰ Páramo Juan Ramón de, *Cuadernos de filosofía del derecho*, Entrevista a H. L. A. Hart, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, Alicante, Edición digital a partir de *doxa*. núm. 5 1988, pág. 333.

indican las condiciones bajo las cuales una regla puede ser creada por la legislación o en virtud de las costumbres o precedentes. De esta forma se garantiza la unidad lógica del sistema.

A lo anterior, si consideramos la estructura que ha resultado de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es obvio que tenemos aquí no solo la médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política.¹⁵¹

El jurista inglés considera que muchas de las oscuridades y distorsiones que rodean a los conceptos de las teorías jurídicas, y de las teorías del derecho y la política, la primera, conceptos tales como: obligación, derecho subjetivo, validez, fuentes del derecho, legislación y jurisdicción y sanción; para los segundos, conceptos como Estado, autoridad y funcionario; serían resueltos mediante las reglas primarias y secundarias. Las deformaciones surgen del hecho de que estos implican esencialmente una referencia a lo que Hart ha llamado “punto de vista interno”, punto de vista de quienes no se limitan a registrar y predecir la conducta que se adecua a las reglas, sino que usan las reglas como criterios o pautas para valorar su conducta y la de los demás.

II.2.5 Punto de vista interno y externo

Bajo el régimen simple de las reglas primarias el punto de vista interno se manifiesta, en su forma más sencilla, en el uso de aquellas reglas como fundamento para la crítica, y como justificación de las exigencias de conformidad, presión social y castigo. El análisis de los conceptos básicos de obligación y deber reclama una referencia a estas manifestaciones más elementales del punto de vista interno. Con el agregado de las reglas secundarias, el campo de lo que se dice y hace desde el punto de vista interno se extiende y diversifica mucho. Con esta extensión aparece todo un conjunto de nuevos conceptos cuyo análisis reclama una referencia al punto de vista interno. Entre ellos se encuentran las nociones de jurisdicción, legislación, validez, y, en

¹⁵¹ Hart H.L.A., *El concepto del derecho*, pág. 121.

general, de potestades jurídicas privadas y públicas. Al respecto, Manuel Atienza dice que Hart ofrece una distinción entre una norma o sólo un hábito, encontrando la respuesta en dos elementos:

1) un comportamiento regular, que también aparece en los hábitos, y que viene a constituir su aspecto externo; 2) la *aceptación* de dicho comportamiento, que constituye el aspecto interno de las normas. Podríamos decir, que este segundo elemento viene a ser lo que Ross llamaba –sentimiento de vinculatoriedad-, pero despsicologizado, y esta diferencia se traduce en que la concepción de Hart resulta ser considerablemente más flexible que la de Ross.¹⁵²

Cabe destacar que Hart considera el problema de la validez jurídica, en el que asume la posición de que una norma tiene carácter jurídico, no por razones morales, sino porque la regla del reconocimiento le otorga validez jurídica. Esta regla de reconocimiento es la regla última del sistema porque si bien, a semejanza del decreto y la ley intermedia, proporciona criterios para la determinación de la validez de otras reglas, a diferencia de ellos, no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas¹⁵³. Es decir, las reglas de reconocimiento dan lugar a la noción de validez. Decir que una regla es válida significa que satisface los criterios de reconocimiento y por lo tanto será aceptada y aplicada de acuerdo a su contenido. La regla de reconocimiento es la norma suprema del sistema. Muy parecida o similar a la “norma fundante” propuesta por Hans Kelsen.

La forma de control social, necesariamente tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no de directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo. Al respecto, Hart ofrece dos recursos que a primera vista parecen muy diferentes entre sí, estos recursos son utilizados para comunicar pautas generales de conducta a las situaciones en que han de ser aplicadas, el primero se llama precedente y el segundo legislación:

¹⁵² Atienza Manuel, *Introducción al Derecho*, pág. 223.

¹⁵³ Hart H.L.A., *El concepto del derecho*, pág. 133.

Precedente

Consiste en pautas tradicionales de conducta y en vez de introducir pautas nuevas. La comunicación de pautas o criterios generales de conducta mediante formas generales explícitas del lenguaje parece clara, segura y cierta. Las características que deben considerarse como guías generales de conducta son identificadas mediante palabras, es decir, dispone de una descripción verbal que puede usar para decidir qué es lo que debe hacer en el futuro y cuál la oportunidad de realizarlo.

Legislación

En los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuales son las formas de conducta exigida por ellas. En todos los campos de experiencia, habrá por cierto casos obvios que aparecen constantemente en contextos similares a los que las expresiones generales son claramente aplicables, pero habrá casos en los cuales no resulta claro si aquellas se aplican o no.

Hart plantea que las normas jurídicas establecen instrucciones de alcance que no pueden preveer todos los casos que se dan en la práctica y, por consiguiente, quedan abiertas las posibilidades y por ello, surgen dudas sobre las conductas exigidas en los casos especiales. El método de instrucción no elimina esas dudas, aunque pueden atenuarlas. Es decir, “los cánones de “interpretación” no pueden eliminar, aunque sí disminuir estas incertidumbres, por que estos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje y emplean términos generales que también requieren interpretación”¹⁵⁴. Los casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser automático, son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre su aplicación.

II.2.6 Textura abierta del lenguaje

No obstante, hay que tener en cuenta, como específica Hart, que dichos métodos son también reglas generales que a su vez requieren interpretación. Tanto en la técnica del precedente como en la legislación, en la gran mayoría de los casos, a la hora de la

¹⁵⁴ Hart H. L. A., *El concepto del derecho*, pág. 158.

aplicación, las pautas resultan ser indeterminadas en algún punto; tendrán lo que Hart llama “textura abierta”, es decir, que el uso de términos generales conlleva una falta de certeza en la zona marginal. Justamente en este punto el positivismo es criticado por nuestro autor pues se comprueba que el sistema sí carece de lagunas:

Según Hart, el orden jurídico no es cerrado ni completo: no carece de lagunas; tampoco es, por necesidad, coherente. Las incertidumbres que se originan en la textura abierta del lenguaje de las leyes, y otras incertidumbres más complejas, propias del derecho judicial, impiden que atribuyamos dichas propiedades al orden jurídico. Incluso las reglas de reconocimiento pueden presentar áreas de indeterminación, que se asemejan a las que surgen de los precedentes en que tampoco se originan en la textura abierta del lenguaje: las reglas de reconocimiento no están expresadas en fórmulas verbales revestidas de autoridad, sino que deben ser “extraídas” de las prácticas que las constituyen.¹⁵⁵

El conflicto está en que muchas veces la legislatura está imposibilitada para formular de una manera eficaz, reglas generales para ser aplicadas caso por caso sin nuevas directivas oficiales. Una técnica consiste en que la legislatura establece unas guías muy generales “estandard” y delega a un cuerpo administrativo capacitado con los diversos tipos de casos, con la determinación de elaborar reglas adaptadas a éstos como, por ejemplo, el “justo precio” en diversos tipos de mercado.

Cuando resulta imposible identificar una clase de acciones específicas, se utiliza otra técnica que consiste en dejar a los ciudadanos la tarea de valorar las pretensiones sociales, exigiéndoles la utilización de un “estandard variable”, por ejemplo el debido cuidado. La actuación de los ciudadanos, no obstante, está sujeta a la corrección por parte de los tribunales. Es decir, la legislatura se encargará de no penalizar las infracciones “hasta que el órgano o cuerpo administrativo haya dictado reglas que especifiquen qué es lo que ha de entenderse, para una industria determinada”.¹⁵⁶

En los sistemas precedentes, las indeterminaciones son más complejas, ya que no hay ningún método para determinar la regla que da autoridad a un precedente, ninguna regla extraída de los casos puede ser considerada como la única correcta y los tribunales pueden llegar a una decisión contraria a la de un precedente. En estos

¹⁵⁵ Carrió Genaro, *Dworkin y el positivismo jurídico*, pág. 21.

¹⁵⁶ Hart H. L. A., *El concepto del derecho*, pág. 163.

últimos sistemas la función de los tribunales, según Hart, es semejante al ejercicio por un cuerpo de creación de reglas. Aquí, el lenguaje general dotado de autoridad en que se expresa una regla sólo puede guiar de una manera incierta, y olvidar que el lenguaje de la regla permitirá escoger ejemplos fácilmente reconocibles.

Dentro de esta técnica, la aplicación estándar de cuidado razonable trata de asegurar, en primer lugar, que se tomen precauciones que eviten un daño sustancial; en segundo lugar, que esas precauciones sean tales que el peso de ellas no implique un sacrificio demasiado grande de otros intereses respetables.¹⁵⁷ No es mucho lo que se sacrifica: deteniéndose, observando y escuchando. En este apartado, se pueden aplicar sanciones civiles y con menos frecuencia sanciones penales.

Para Hart, el Derecho se debe expresar a través de un lenguaje natural que implique tener en cuenta la textura abierta, el lenguaje corriente exhibe distinciones legítimas que no pueden ser suprimidas ni reducidas; problema que en la interpretación de la teoría de John Austin y Hans Kelsen no parecen incluir, es decir, para ellos el derecho solo se considera en su forma como si este fuera la suma de enunciados caóticos que esconden un orden cerrado y estático. Se empeñan en construir una definición válida para toda ocasión, en lugar de examinar la función que desempeñan en los contextos típicos y compararla con el papel que cumplen los contextos atípicos

Para estos dos juristas accediendo de esta forma, se puede obtener la llave, según Hart, para construir una teoría correcta y concreta sobre el Derecho. La pretensión de estas dos teorías iuspositivistas es alcanzar una forma de reconocimiento jurídico que haga que el derecho sea algo completo cerrado y sin lagunas. De modo que cada caso, cada curso de conducta, tenga una solución precisa. Una especie de "Jurisprudencia Mecánica". Recordemos también a Bentham como iniciador de una completa codificación del derecho. Así, la intervención de un juez que solo participa en forma mecánica, es decir, para ellos la interpretación no es una cuestión problemática. El juez tiene las cosas claras porque encuentra en la norma lo que tiene

¹⁵⁷ Hart H. L. A., *El concepto del derecho*, pág. 165.

que aplicar en cada caso. “Hart a criticado esta postura automática o mecanicista de la función judicial”.¹⁵⁸

Por todo lo anterior, sostiene Hart que una teoría analítica tiene por delante la enorme tarea de clarificar, sin reducir, las peculiaridades del uso del lenguaje normativo. Hart rechaza cualquier análisis que como el de Austin o, en parte, el de Kelsen, no sea compatible con la flexibilidad del lenguaje de los juristas y con la enorme complejidad de los fenómenos referidos por ese lenguaje, especialmente por la imprecisa palabra “derecho”.

II.2.7 Contenido mínimo de la moral

Esta aportación sin duda alguna ha dado lugar a especulaciones referente a la posición positivista o naturalista del profesor Hart, (Bentham, Austin y Kelsen anulan cualquier vinculación) al aplicar el contenido mínimo de la moral; sin embargo, para Hart esta inclusión es solo accidental o como lo confirma él mismo es *no necesaria*, y no como algo trascendente y fundamental. Lo anterior define a nuestro autor en la línea del positivismo jurídico. Además el iusfilósofo Genaro Carrió agrega que “no cabe duda que Hart es positivista en la medida en que defiende el positivismo jurídico como enfoque, es decir, como método para enfrentar los problemas que plantea la existencia de reglas jurídicas inmorales o inicuas”.¹⁵⁹

Por otro lado, Hart sostiene que entre moral y derecho hay una conexión necesaria. Pero agrega que hay muchas interpretaciones de los términos claves “moral” y “necesaria”, siendo su forma más extrema la posición tomista que comprende una doble tesis:

[...] primero, que hay ciertos principios de verdadera moral o justicia, descubribles por la razón humana sin la ayuda de la revelación, aun cuando tienen origen divino. En segundo lugar, que las normas o leyes humanas que contradicen esos principios no son derecho válido “*lex injusta non est ley...*”¹⁶⁰

¹⁵⁸ Carrió Genaro, *Dworkin y el positivismo jurídico*, pág. 22.

¹⁵⁹ Carrió Genaro, *Dworkin y el positivismo Jurídico*, Cuadernos de crítica, Vol. 16 pág. 16.

¹⁶⁰ Hart H. L. A., *El concepto del derecho*, pág. 195.

Hay otras posturas que visualizan los principios de la moral y del derecho como teorías que no conciben a la moral como un conjunto de principios inmutables de conducta que nuestra razón descubre, sino como actitudes frente a conductas que pueden variar de sociedad a sociedad o de individuo a individuo. Asimismo consideran que una norma jurídica, aun cuando afecte un principio moral fundamental, no deja por ello de ser una norma jurídica. Hart comparte esta postura pues las conexiones entre derecho y moral son circunstanciales, no necesarias.

Así, contrariamente a las teorías iusnaturalistas, Hart considera separables el derecho y la moral, de tal manera que las obligaciones legales pueden entrar en conflicto con las morales, es decir, puede ocurrir que el juez tenga que aplicar una norma que considera inmoral o bien se crea en la obligación moral de no aplicarla.

En la justicia y el derecho, el jurista inglés sostiene que dentro de la esfera de la Moral, la idea de justicia es solo una parte, y que las notas que tiene esa idea, dan cuenta de su conexión íntima con el derecho. Así también, distingue entre la justicia en la aplicación de las normas (cuando se aplica a todos por igual) y la justicia de las normas. Pero en ambos casos señala que implica que los individuos tienen derecho a una posición relativa de igualdad. Por eso un aspecto central de la justicia será “tratar los casos semejantes de la misma manera y los diferentes de diferente manera”¹⁶¹.

Para Hart, este elemento central, en sí, es incompleto y, en tanto continúe así no puede proporcionar ninguna guía determinada para la conducta. Esto es así porque todos los seres humanos se asemejarán entre sí en algunos aspectos y diferirán entre sí en otros y, mientras no se instituya qué semejanzas y qué diferencias son importantes, “tratar los casos semejantes de la misma manera” será una forma vacía de aplicar el derecho, pero:

[...] el derecho no puede por sí mismo determinar ahora qué semejanzas y diferencias tienen que ser admitidas para que sus reglas traten los casos semejantes de la misma manera, y sean así justas... Diferencias fundamentales de enfoque general, en el plano moral y en el político, pueden llevar a diferencias y desacuerdos irreconciliables sobre qué

¹⁶¹ Hart H. L. A., *El concepto del derecho*, pág. 198.

características de los seres humanos deben tomarse como relevantes para criticar el derecho como injusto.¹⁶²

Hart acepta que en el mundo moderno, el hecho de que los hombres puedan pensar, experimentar sentimientos y guiar su conducta, es en general considerado como algo que crea semejanzas entre ellos, que el derecho debe tomar en cuenta, aunque esto no sea universal. Pero puede haber una moral que no coincida con estos planteamientos, que justifique las desigualdades y las discriminaciones, que rechace incluso que los hombres deban ser tratados de manera igual. En estos casos, los criterios de semejanzas y diferencias van a cambiar con el diferente enfoque moral de cada persona o de cada sociedad. Entonces esos criterios de semejanzas y diferencias relevantes van a ser proporcionados por la moral, aunque se trate de una moral relativa, y van a influir en el contenido de las normas jurídicas.

Ahora bien, en relación a la diferencia entre las reglas morales y las jurídicas, el jurista británico establece criterios de distinción meramente formales, y señala que en una sociedad primitiva regida sólo por reglas primarias de obligación, lo que existe son reglas morales. Sólo cuando esa sociedad pasa a ser regida por reglas primarias de obligación y reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, nos encontramos con reglas jurídicas. Hart señala cuatro características que distinguen a las reglas morales de las reglas jurídicas:

Primero expresa su importancia, pues para una sociedad toda regla moral es considerada muy importante; otra característica es la *inmunidad al cambio deliberado* y significa que no pueden ser creadas, modificadas o eliminadas por la acción humana deliberadamente y solo se logrará con el paso del tiempo, como en caso contrario a las reglas jurídicas; el *carácter voluntario de las transgresiones morales* significa que si una persona actúa sin intención, carece de responsabilidad moral, en los sistemas jurídicos ello resulta igual hasta cierto punto, pero no en otros casos; y por último, la forma de *presión moral* en el campo de la moral se apela al respeto, al remordimiento, contraria a las reglas jurídicas en la cual se imponen sanciones y castigos. Hart aclara

¹⁶² Hart H. L. A., *El concepto del derecho*, pág. 200-201.

que estos criterios formales no hacen referencia a ningún contenido distintivo entre las reglas morales y las jurídicas.

Ahora bien algunas tesis fundamentales del pensamiento de Hart pueden encontrarse en la filosofía de Thomas Hobbes (se recordará el enlace con Austin). En primer lugar, a Hobbes sirve de punto de partida para la teoría política una visión empírica de la naturaleza y de un “estado de naturaleza” del hombre donde no hay justicia o injusticia, sino guerra de todos contra todos.¹⁶³ Además afirma como tesis la amoralidad natural, el interés egoísta y el individualismo. Hart por su parte, adopta la misma visión empírica, pero suaviza la condición de los seres humanos, en cuanto niega el carácter exclusivamente egoísta de los hombres.

Hart acepta lo que llama un contenido mínimo de Derecho Natural, pero según afirma, liberándolo de sus adherencias metafísicas. Así, niega el concepto teleológico de naturaleza y se queda con ciertas características empíricas de la naturaleza humana tomadas de Hobbes, características que fueron analizadas en la teoría jurídica de Austin. El fundamento de esta versión del derecho natural sería un hecho contingente que consiste en que la mayor parte de los hombres, la mayor parte del tiempo, desea seguir viviendo. Sobre la base de ese deseo de supervivencia Hart coloca ciertas verdades obvias que determinan el contenido mínimo del derecho natural y son las siguientes:

Vulnerabilidad humana

Los hombres son vulnerables, por tanto es necesaria la prohibición de la violencia. Hart considera que esta no es una verdad necesaria, porque podría haber sido distinto o serlo algún día; y se plantea la posibilidad de que el precepto "No matarás" carecería de sentido si los hombres fueran invulnerables.

Igualdad aproximada

Si bien los hombres difieren en cuanto a ciertas características, hay entre ellos una igualdad aproximada. Ninguno de ellos es tan poderoso que pueda dominar a los demás, salvo durante un corto espacio de tiempo. Esto hace necesario un sistema de abstenciones y concesiones recíprocas.

¹⁶³ Hobbes Thomas, *Antologías, La libertad*, págs. 196-203.

Altruismo limitado

Los hombres no son demonios dominados por el deseo de exterminarse entre sí, ni ángeles carentes en absoluto de esa tentación, sino un término medio que hace necesario un sistema de abstenciones mutuas.

Recursos limitados

Los seres humanos necesitan ropa, vivienda y alimentos y que estos recursos son limitados, es decir no están disponibles en abundancia, lo que hace necesaria una forma mínima de la institución de la propiedad y de reglas que exijan su respeto.

Comprensión y fuerza de voluntad limitadas

"[...] la sumisión al sistema de limitaciones sería una insensatez si no hubiera una organización para coaccionar a aquellos que tratarían de obtener las ventajas del sistema sin someterse a sus obligaciones. Hacen falta "sanciones", no como el motivo normal para la obediencia, sino como una garantía de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen [...].¹⁶⁴

Como no todos comprenden los intereses a que obedecen las anteriores reglas y no todos tienen fuerza de voluntad para obedecerlas sin más, se hace preciso establecer sanciones... Las sanciones son posibles por la existencia de una igualdad aproximada. Por eso, donde no existe esa igualdad –en el derecho internacional– resulta difícil hablar de sanciones e incluso en algunos de sus sectores, de Derecho.¹⁶⁵

Finalmente, aunque Hart llevó la filosofía lingüística a la teoría jurídica, sus análisis tienen, muchas veces, un valor independiente de esa peculiar orientación filosófica. *El concepto del derecho* proporciona un tratamiento unitario, original y lúcido de los temas y argumentos clásicos. Además, la filosofía analítica sigue siendo una orientación influyente de la filosofía general. Las concretas aproximaciones asumidas por Hart, y en especial la tendencia de fondo se ha expandido hasta dar origen al denominado “giro lingüístico de la filosofía”. Hart ha modificado su pensamiento en muchos puntos, defendiendo siempre la utilidad de ese giro lingüístico que él procuró introducir en la teoría jurídica.

¹⁶⁴ Hart H. L. A., *El concepto del derecho*, pág. 244.

¹⁶⁵ Atienza Manuel, *Introducción al derecho*, pág. 142.

A manera de conclusión y después de haber abordado las diferentes concepciones del derecho positivo de Hans Kelsen y H. L. A. Hart, es importante comentar que los autores comparten tradicionalmente algunos principios, estos son:

a) El punto de coincidencia y, a mi parecer el más relevante consiste en la separación “Derecho-Moral” al manifestar la falta de conexión conceptual entre ambas. En términos generales, para ellos, las normas jurídicas no constituyen razones morales para la acción. Para Kelsen, el Derecho tiene el respaldo del Estado que actúa como efecto coactivo ante el incumplimiento de algo que la norma prescribe, en cambio en la moral, no existe ese efecto coactivo. Si la norma moral no se cumple no prescribe sanción para ello, solo el rechazo de la sociedad, entonces, la moral, para Kelsen no puede ser admitida dentro del derecho. Por su parte, la posición de Hart es más difusa, ya que, por un lado, mantiene la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral pero no sostiene una posición no-cognoscitiva en materia moral.

b) La naturaleza sistemática es otro tema recurrente en las dos posturas: para Kelsen, el derecho es un conjunto de normas con relaciones de autorización entre sí, es decir, son sistemas dinámicos de normas: “una norma N pertenece a un sistema jurídico S”, con esta estructura Kelsen postula que los sistemas pueden tener una norma básica que autorice la creación de la primera constitución y de la cual se presupone su validez. Para Hart, la naturaleza sistemática del derecho reside en la unión de reglas primarias y reglas secundarias. Las reglas primarias imponen obligaciones, mientras que las reglas secundarias conceden poderes. De esta forma se mantiene la lógica del sistema.

c) La “discrecionalidad” es otro tema constante en los dos juristas: para Kelsen, el derecho aplicable constituye sólo un marco dentro del cual hay varias posibilidades de aplicación, puesto que siempre hay una probable indeterminación, sea intencional, querida por la autoridad creadora de la norma aplicable, o no intencional, la formulación normativa es vaga, o es ambigua, o hay formulaciones normativas contradictorias. Para Hart, dada la textura abierta del lenguaje de las reglas, contiene términos genéricos y estos términos son todos potencialmente vagos pues siempre

existirán casos en los que se podrán dudar de si pertenecen o no a la referencia del término. Ambos sostienen que, sobre todo en dichos supuestos, el juez dispone de discrecionalidad y desempeña una función productora de reglas.

Como se ha visto, la concepción luspositivista, basada en el positivismo jurídico, es una escuela que representa una manera especial de abocarse al estudio del Derecho. Esta teoría, en sus lineamientos liga al derecho con la formación de un poder soberano capaz de establecer y aplicar sanciones. Este es el Estado, que en tanto que soberano, funda el principio de la estabilidad del derecho y presupone otras características como: la teoría de la coactividad, la teoría de la norma jurídica, una teoría del derecho puro, correspondiéndole así, la primacía a la legislación. Es una teoría fundada en un sistema jurídico cerrado en donde el orden jurídico es concebido como un todo. El supuesto filosófico se fundamenta en un sistema que posee el atributo de la integridad, carente de lagunas y por demás coherente, lo que excluye a las antinomias. Esta postura afirma que ciertas prácticas y reglas sociales convencionales acaban siendo formalizadas como leyes (derecho consuetudinario). Lo anterior lo confirma el jurista Genaro Carrió:

El derecho positivo es la voluntad del estado o la del soberano. Las normas jurídicas son órdenes. No hay más “fuente” genuina del derecho que la legislación; las otras fuentes putativas (la costumbre, la jurisprudencia) solo son fuentes secundarias o aparentes. Todo orden jurídico constituye un todo cerrado, completo, carente de lagunas y coherente.¹⁶⁶

Finalmente, el filósofo de la ciencia Mario Bunge, considera que a pesar de que el formalismo jurídico (luspositivismo) es considerado como un sistema cerrado, en realidad, a través de la historia se han visto avances justos en la historia de la humanidad. El científico nos recuerda como, paulatinamente, y sobre todo a partir del siglo XVIII han quedado atrás, transgresiones que van en contra de la dignidad humana. Esto es, ha habido progreso jurídico, acompañado de conceptos morales por lo que Bunge dice “somos menos duros hoy en día”. Pero sabemos de antemano que falta mucho por avanzar en función de una mejor convivencia social.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Genaro R. Carrió, *Dworkin y el Positivismo Jurídico*, Cuadernos de Crítica UNAM No. 16, pág. 10.

¹⁶⁷ Cfr. Bunge Mario, *El derecho como técnica social de control y reforma*, Cuadernos de Isonomía, ITAM, Vol. 13.

A la luz de lo expuesto en estas conclusiones no obstante, los hechos y los resultados obtenidos se han encargado de poner en tela de juicio esta particular concepción del derecho. Así, surgen preeminentes filósofos del derecho que critican esta manera especial de avocarse al estudio del derecho, principalmente el estadounidense Ronald Dworkin.

CAPITULO III

Crítica de Ronald Dworkin a los fundamentos Filosóficos del positivismo jurídico

Pues bien, de todas maneras el iusnaturalismo retorna. Vuelve a estudiarse con más ahínco la naturaleza humana. Todo ello parece obedecer a aquellos versos del poeta latino: *Naturam expelles furca, sed ipsa redit.* (Vuelve la naturaleza, regresa el iusnaturalismo)¹⁶⁸

Mauricio Beuchot

El reconocimiento de los derechos individuales fundamentales como elementos imprescindibles de las instituciones jurídicas, ha sido para Ronald Dworkin la preocupación más apremiante desde el inicio de su carrera dentro de la filosofía del derecho. Para Dworkin la ley siempre ha de concebirse de modo tal que estos derechos puedan estar garantizados mediante su reconocimiento y su protección. La peor amenaza a estos derechos proviene de quienes son indiferentes a su existencia tal es el caso de la corriente iuspositivista y el utilitarismo económico. Tomar *los derechos en serio*, significa no ser indiferentes sino creer firmemente en nuestras normas jurídicas, solamente mediante esta posición es posible conseguir su reconocimiento. Así, desde nuestras propias instituciones jurídicas y políticas los derechos más fundamentales estarán garantizados en nuestra vida. Lo anterior se traduce en una “concepción inequívoca del derecho a la igualdad que Dworkin llama el derecho a la igual consideración y respeto”¹⁶⁹.

Ronald Dworkin propone una teoría de los derechos individuales y aclara que sin ellos no existe el derecho. El derecho a la igual consideración y respeto frente a la mayoría, es primordial en la teoría jurídica de Dworkin, por lo tanto, ningún positivismo, utilitarismo político u objetivo social colectivo pueden triunfar frente a un auténtico derecho individual, por ejemplo el derecho a no ser discriminado en todas sus formas (social, racial, de género, religioso, político, etc.). Concretamente, este debate, objeto del presente capítulo, transforma de manera profunda las visiones contemporáneas acerca de la gran responsabilidad de los jueces, la relación entre derecho y la moral, y

¹⁶⁸ Beuchot Mauricio, *Derechos Naturales, Iusnaturalismo y Iuspositivismo*, pág. 6.

¹⁶⁹ Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, pág. 38.

el concepto mismo del derecho. El filósofo y jurista español, Albert Calsamiglia (1949-2000) agrega lo siguiente;

La garantía de los derechos individuales es la función más importante del sistema jurídico. El derecho no es más que un dispositivo que tiene como finalidad garantizar los derechos de los individuos frente a las agresiones de las mayorías y del gobierno.¹⁷⁰

Ronald Myles Dworkin nace en 1931 en Massachusetts, Estados Unidos, estudia Letras en la Universidad de Harvard y posteriormente licenciado en Letras con mención de *Jurisprudence* en la Universidad de Oxford. Regresa a Harvard para estudiar derecho y después ejerce en una importante firma de abogados norteamericana. A lo largo de su trayectoria ha sido un eminente catedrático en la Universidad de Yale y, en 1969 ocupa la cátedra de Jurisprudencia de la Universidad de Oxford, sustituyendo al jurista H.L.A. Hart, así como también catedrático de la universidad de Londres como profesor de Derecho Constitucional y Teoría General. Su prestigio excede las fronteras de su país pues su obra es mundialmente conocida por haber dotado de una nueva perspectiva los estudios sobre teoría política y general del derecho y ha sido traducida a numerosos idiomas.

Actualmente, Ronald Dworkin se desempeña como docente en la prestigiosa Universidad de Nueva York. Participa anualmente de un seminario de filosofía del derecho, al cual asisten juristas y filósofos del más alto nivel y prestigio como es el caso del filósofo norteamericano Thomas Nagel y el filósofo Alemán, Jürgen Habermas; así como también se da a la tarea de publicar febrilmente al menos un libro por año. Esta dedicación lo ha llevado a obtener importantes reconocimientos a nivel mundial, incluso aquí, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en el mes de noviembre del 2006 fue objeto de un reconocido homenaje, al otorgarle el *Premio Internacional de Investigación en Derecho Héctor Fix Zamudio 2006*. Este reconocimiento se entrega con la finalidad de reconocer la labor de aquellos juristas

¹⁷⁰ Calsamiglia Albert, *prólogo a Los derechos en serio*, pág. 17

que a lo largo de su trayectoria intelectual se han distinguido por realizar aportaciones relevantes y originales en el campo de la Filosofía del Derecho.¹⁷¹

Entrando en materia, el jurista y filósofo norteamericano examina a fondo el positivismo jurídico en la versión del profesor H. L. A. Hart, quien, como se recordará, este último, a su vez fue un crítico de la postura reformista de Hans Kelsen y la postura analítica de John Austin, con lo que la polémica viene a remontarse hasta el utilitarismo de Jeremy Bentham en el siglo XIX. Dworkin no está de acuerdo con las posturas positivistas como en el caso del inglés Jeremy Bentham el cual considera que la idea de los derechos naturales es un *disparate a zancos*, o el profesor H.L.A. Hart con *la textura abierta del lenguaje*. Al respecto, nuevamente Albert Calsamiglia (1949-2000) agrega que:

El propósito de Dworkin es reinstaurar la relación íntima entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico que desde Bentham y Austin se habían separado radicalmente y desde entonces ha constituido el auténtico hilo conductor de las doctrinas positivistas.¹⁷²

Con una inquebrantable voluntad y el deseo de reconstruir el vínculo entre el derecho y la moral nuestro autor se propone reestablecer al viejo iusnaturalismo¹⁷³, pero sin

¹⁷¹ Para galardonar al profesor Ronald Dworkin el jurado estuvo integrado por importantes personalidades del mundo de las ciencias jurídicas a nivel internacional, los fundamentos fueron los siguientes: “en atención a que es una de las máximas figuras mundiales en el ámbito de la filosofía del derecho; de igual forma, su obra destaca en el ámbito de la filosofía política contemporánea. Puede destacarse que el profesor de University Collage of London y de New York University Law School ha realizado la crítica más vigorosa e influyente a los trabajos de H.L.A. Hart en especial a los argumentos vertidos en la obra *The Concept of Law*. Se afirma que los trabajos de Dworkin han permitido incorporar a los austeros derroteros delineados por la teoría de Hart una nueva vida, ya que Dworkin señaló la necesidad de confrontarlas y enriquecerlas con las prácticas de jueces y abogados. El jurado también señaló que si bien por si solas las contribuciones a la reformulación de las teorías de Hart tienen un gran mérito y lo convierten en una referencia obligada dentro de la filosofía del derecho contemporáneo debe tenerse en cuenta además que fuera del ámbito jurídico el profesor Dworkin es un respetado intelectual cuyas opiniones determinan en muchos casos el contenido de una importante corriente de opinión, en este sentido destaca su participación en los recientes debates sobre cuestiones tales como: la naturaleza de la ley, los derechos fundamentales, las nominaciones a la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, las elecciones presidenciales en ese país”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹⁷² Calsamiglia Albert, *prólogo a Los derechos en serio*, pág. 12

¹⁷³ “Si he evitado esta formulación es que, para muchas personas, tiene asociaciones metafísicas que la descalifican. Tales personas piensan que los derechos naturales son atributos espectrales que los primitivos usaban a amera de amuletos y que se incorporaban a la civilización para mantener a raya las tiranías. El juez Black, por ejemplo, puesto frente a una filosofía jurídica que le disgustaba, pensaba que

considerase iusnaturalista porque rechaza las posturas ontológicas que lo han venido constituyendo desde siglos atrás, esto es, no considera el conjunto de principios unitarios, universales e inmutables; con una intención clara de llegar a una tercera vía de acceso independiente del iusnaturalismo y el iuspositivismo y se apoya en las propuestas del jurista y filósofo norteamericano John Rawls (1921-2002) desde una plataforma reconstructiva-racional y aplicándolo al conocimiento y a la crítica del derecho positivo.

Recordemos que en el capítulo anterior se expusieron las bases de la *posición original, el contrato social y el equilibrio reflexivo* como parte fundamental de la tesis propuesta por John Rawls en relación a la justicia social. En particular, Dworkin toma el concepto de *equilibrio reflexivo* pues piensa que desempeña una pauta fundamental para la teoría de Rawls, e incluso para sus propios objetivos. Cuando reflexionamos acerca de la justicia lo hacemos mediante nuestras intuiciones, así, el proceso inicia con nuestras ideas inmediatas valiéndonos de nuestro sentido inicial, estableciendo ajustes de acuerdo a nuestros juicios hasta llegar a lo que Rawls denomina *equilibrio reflexivo*.

Sin embargo, el parte aguas en ambos pensadores es la siguiente: Rawls propone una postura naturalista, es decir, sus principios “describen una realidad moral objetiva, no han sido creadas, sino mas bien descubiertas por los hombres o por las sociedades, tal como se descubren las leyes de la física”¹⁷⁴ En cambio, los principios para Dworkin no contienen una existencia fija y objetiva, para nuestro autor, los principios de justicia no están ahí, puestos, sino hay que irlos construyendo de acuerdo como se vayan presentando, y agrega lo siguiente:

Establece el supuesto, diferente y en ciertos sentidos más complejo, de que hombres y mujeres tienen la responsabilidad de organizar los juicios particulares sobre cuya base actúan en un programa de acción coherente, por lo menos, que éste es el tipo de responsabilidad que tienen los funcionarios que ejercen el poder sobre otros hombres.¹⁷⁵

para refutarla era suficiente señalar que parecía confiar en tan ridícula idea.” Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, pág. 267

¹⁷⁴ Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, pág. 247.

¹⁷⁵ Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, pág. 247.

El punto de partida sobre el reconstructivismo dworkiniano, consiste en la posibilidad de la estructuración de un conjunto coherente de principios capaces de fundamentar y conferir sentido a las intuiciones humanas. Los elementos dados o iniciales son las intuiciones propias de nuestros juicios. Para dotar de sentido práctico a su teoría el ejemplo de que no puede ser juzgado y condenado a una persona de la misma forma por el hecho de ser casos diferentes si: a) hubo intento de asesinato, b) si privó de la vida a una persona, c) privo de la vida un a una persona en defensa propia

La propuesta de Dworkin no consiste en fundamentos metafísicos incomprensibles para ciertas mentes más bien delimitadas y concretas. El modelo propuesto en el supuesto de que los derechos sean naturales, se perfila en el poder para unificar y explicar las convicciones políticas, es decir, independientemente del acto legislativo establecido y las costumbres sociales, desde sus fundamentos habrá de juzgar la legislación y sus costumbres.

Desde ellos ha de cumplirse una labor racional para su articulación con aquel conjunto de principios que conecta el mundo del derecho con el de la moral y la política. Dworkin afirma que el razonamiento moral se caracteriza por la construcción de una serie de principios que dan sentido a nuestras intuiciones. Ahora bien, las intuiciones de nuestro juicios son los datos básicos, pero esos datos y esos juicios deben acomodarse al conjunto de principios. Esta tarea reconstructiva-racional no solo se extiende al razonamiento moral sino también al razonamiento jurídico. Rescatar la separación es la intención de Dworkin mediante el método reconstructivo.

El modelo constructivo no descansa en presupuestos escépticos ni relativistas. Por el contrario, supone que cada hombre y cada mujer que razone dentro de las líneas del modelo sostendría sinceramente las convicciones con que se acerca a él, y que esa sinceridad se extenderá a la crítica de actos o sistemas políticos que ofenden lo más profundo de tales convicciones considerándolos injustos.¹⁷⁶

III.1 Reglas jurídicas y principios jurídicos

Recordemos que las reglas jurídicas en el modelo positivista de Hart, consisten en que los casos fáciles se resulten con las normas de letras negras o leyes escritas, y los casos difíciles bajo la discrecionalidad jurídica. En cambio, los principios jurídicos en el

¹⁷⁶ Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, pág. 249.

modelo de Dworkin significa que hay un modelo correcto que no se puede encontrar en la ley pero sí en el derecho, es decir, en *los derechos en serio*.

Llamo principio a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.¹⁷⁷

Dworkin a la vez que pretende otorgar un lugar en serio a los derechos fundamentales dentro de los sistemas jurídicos, también identifica a estos derechos como núcleo y justificación última de la ley. Ahora bien, si la constitución y los representantes de la ley no proporcionan la comprensión suficiente, es responsabilidad de los filósofos del derecho cambiar sus fundamentos. Así es como Ronald Dworkin comienza a trabajar sobre una teoría que pudiera identificar los derechos fundamentales aun donde la ley positiva establece su ausencia.

Si la obra del jurista inglés H.L.A. Hart puede entenderse como el exponente más importante del positivismo jurídico de la segunda mitad del siglo XX, postura que fue confirmada en el capítulo anterior, tampoco hay duda de que Dworkin está considerado como su principal oponente, tanto es así que de ambas posturas surge un amplio y conocido debate a nivel internacional. Dworkin, en su libro, *Los derechos en serio* escrita en 1977¹⁷⁸, desarrolla la tesis según la cual un sistema jurídico no solo está integrado por reglas, como lo expresa Hart, sino también por principios, principios que le son propios al ser humano. Su crítica pone de manifiesto cómo el derecho debe desarrollarse más allá de las normas coactivas producidas por las normas jurídicas y el poder político.

Según Dworkin, si se utiliza la regla de reconocimiento de Hart, que identifica a las reglas de acuerdo a su origen o pedigree¹⁷⁹ dichas reglas no formarían parte del

¹⁷⁷ Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, pág. 72.

¹⁷⁸ El libro *Los derechos en serio* ha conocido una segunda impresión en 1978, la que lleva un Apéndice de considerable extensión, en el que Dworkin contesta algunas críticas que ha recibido de colegas tan importantes como el de los profesores H. L. A. Hart y Raz. Ambos de la universidad de Oxford.

¹⁷⁹ Recordemos que mediante reglas primarias y secundarias surgen las reglas jurídicas y son válidas porque alguna institución competente las promulgó. Algunas fueron creadas por los jueces que las formularon para decidir casos particulares y las establecieron como precedentes para futuros casos iguales o similares.

sistema jurídico integro porque son “pruebas que no se identifican con su contenido, sino con su pedigree u origen, o con la manera en que fueron adoptadas y evolucionaron”.¹⁸⁰ Recordemos que el jurista inglés propone la idea general de que existe un criterio fundamental en la regla de reconocimiento por el cual es posible solucionar los problemas que se presentan en los tribunales. Así mismo, identifica ciertas fuentes a manera de leyes y precedentes judiciales, como las auténticas fuentes de derecho, en el sentido de que una regla cuenta como derecho si emana de tales fuentes.

Por tanto, el propósito central de tener una regla de reconocimiento según Hart es el de proporcionar un cuerpo de normas que sean públicamente descubribles, en el sentido de que podemos descifrar qué normas son derecho sin recurrir a criterios morales. Por lo tanto, según Dworkin, la tesis general de Hart sólo tiene sentido si la regla de reconocimiento es capaz de identificar el derecho por criterios de origen y forma. Genaro Carrió afirma que esta postura está determinada por “materiales jurídicos establecidos, tales como una ley, y claramente se halla en conflicto con derechos morales de fondo”.¹⁸¹

El objeto del derecho no puede agotarse en reglas reconocibles en una constitución. Para Dworkin debe haber necesariamente principios aplicables a los casos fáciles y principalmente a los casos difíciles, que no pueden ser identificados mediante la regla de reconocimiento propuesta por Hart. Aquí, el soporte del positivismo a partir del cual los derechos y las obligaciones sólo se pueden derivar de reglas jurídicas, cuya validez se da en términos de la regla de reconocimiento tampoco se sostiene, porque los principios también pueden crear derechos y obligaciones; sucede porque cuando los jueces citan los principios y su correspondiente aplicación, necesariamente se convierten en normas nuevas.¹⁸²

¹⁸⁰ Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, pág. 65.

¹⁸¹ Carrió Genaro, *Dworkin y el positivismo jurídico*, Cuadernos de crítica, Vol. 16 Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, pág. 29.

¹⁸² Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, pág. 80.

Para Ronald Dworkin, cuando los jueces toman decisiones en un proceso, no solo apelan a las reglas jurídicas (las cuales pueden ser identificadas mediante algún criterio como la coerción), sino además a principios jurídicos, estos son diferentes por contener una estructura simple, en tanto se limitan a enunciar una razón. Las normas jurídicas se caracterizan por tener una estructura dual, contienen un supuesto jurídico y una consecuencia jurídica. Una vez satisfecha la condición plasmada como supuesto se seguirá la consecuencia de manera inmediata.

Sobre este contexto, Dworkin considera que las normas, o reglas como las denomina Hart, no pueden dar cuenta de la totalidad del fenómeno jurídico, en primer lugar porque para esta tesis las normas se aplican o no se aplican, en segundo lugar, porque reducir el derecho al sistema de reglas es desconocer la existencia de los argumentos de principios y las directrices políticas, cuya naturaleza es distinta a las reglas propuestas por Hart. Las primeras tienen como objeto establecer un derecho individual y hacen referencia a la justicia y la equidad, y las segundas establecen objetivos colectivos, es decir, son objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos.¹⁸³ A continuación el jurista anglosajón define los argumentos de principio y los argumentos políticos:

a) Los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho individual o de grupo y son proposiciones que describen derechos. Por ejemplo, el argumento a favor de las leyes que se oponen a la discriminación racial en los Estados Unidos, y que sostienen que una minoría tiene derecho a igual consideración y respeto, es un argumento de principio.

b) Los argumentos políticos justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo y son proposiciones que describen objetivos. Por ejemplo, el argumento a favor de un subsidio para los fabricantes de aviones, que afirma que con él se protegerá la defensa nacional, es un argumento político.¹⁸⁴

¹⁸³ Casamiglia Albert, *Prólogo a los derechos en serio*, pág. 9.

¹⁸⁴ Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, pág. 148.

Según advierte Dworkin, en la introducción de su libro, defiende una teoría liberal del derecho en contraposición a lo que él mismo llama “La teoría dominante” y sus vertientes: el positivismo jurídico y el utilitarismo.

La primera es una teoría sobre lo que es el derecho; es una teoría sobre las condiciones necesarias y suficientes para que una proposición de derecho sea válida, sostiene que la verdad de las proposiciones legales consiste en hechos que hacen referencia a las reglas que han sido adoptadas por instituciones sociales específicas, y en nada más. La segunda es una teoría sobre lo que debe ser el derecho y sobre cómo deben ser las instituciones legales conocidas, tal es la teoría del utilitarismo, que sostiene que el derecho y sus instituciones deben servir al bienestar general y a nada más.¹⁸⁵

En seguimiento con lo anterior afirma Dworkin que existe una posición igualmente peligrosa para los derechos individuales y es el utilitarismo económico, porque los intereses por la economía normalmente tienen más relevancia a la hora de aplicar las leyes, esto quiere decir que si una norma jurídica satisface económicamente al mayor número de ciudadanos, es aceptada, dejando que decaiga el bienestar de las minorías. Tal planteamiento no corresponde con los principios de Dworkin de que “el derecho a igual tratamiento, que es el derecho a una distribución igual de oportunidad, recursos o cargas”.¹⁸⁶

Para ejemplificar lo anteriormente expuesto y como crítica al razonamiento jurídico, a lo largo de toda su obra Dworkin se complace en crear puentes argumentativos entre la teoría y la práctica, y esto lo logra mediante ejemplos sencillos y sobre todo de casos reales extraídos de los tribunales de justicia. Particularmente, uno de estos ejemplos hipotéticos aclara la postura del utilitarismo económico: una importante firma de abogados maneja como estándar* la contratación de abogados con características especiales, se definen por ser brillantes en los casos que se les asignan. Esto es, los

¹⁸⁵ Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, pág. 31.

¹⁸⁶ Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, pág. 332.

* Se define como “Un elemento, una pieza, un sistema, etc. Que son lo suficientemente extendidos como para constituirse en típicos y en universales; cualquier elemento, pieza, sistema, etc. No estándar es estimado como una desviación de uso estándar, o simplemente como no ajustada a lo que se declara estándar.” Diccionario Ferreter Mora Vol. 3, 2004, pág. 3368.

contratantes y sus clientes (los primeros obtendrían ganancias económicas y prestigio; los segundos seguridad en el fallo) preferirán contar con abogados que cumplan con la destreza, con la habilidad y la técnica adecuada para ganar los litigios.¹⁸⁷ Y con frecuencia desestimando el sentido de responsabilidad ética, para lo cual fueron supuestamente educados en las universidades.

Para el jurista anglosajón una teoría general del derecho, a de ser lo mismo normativa que conceptual, debiendo contener una teoría de la legislación, de la adjudicación y de la obediencia y coacción. Esta teoría general estará muy relacionada con otra parte de la filosofía, así, la teoría normativa se hallará impregnada en una filosofía moral y política más general, y la teoría conceptual en la filosofía del lenguaje, la lógica y la metafísica. Es decir, Dworkin propone una teoría normativa de la adjudicación que se hace extensiva a la justicia constitucional en sus casos centrales más fundamentales.

III. 2 Discrecionalidad

Yo me concentro en los detalles de un determinado sistema jurídico con el que estoy especialmente familiarizado, no simplemente para demostrar que el positivismo da una pobre formulación de ese sistema, sino para demostrar que da una concepción pobre del concepto de un derecho jurídico".¹⁸⁸

En la tesis hartiana, aquellos casos en los cuales se presenten indecisiones entre reglas jurídicas, el juez deberá decidirse por aquel que posea mayor peso, o en su caso ejercer su libertad para aprehender aspectos extrajurídicos. La regla que ceda en dicho caso seguirá formando parte del ordenamiento jurídico y podría, en otro caso, ser considerado como de mayor importancia o relevancia, así, las partes tienen el derecho de ver resuelta su situación conforme al derecho preexistente. Es decir," [...] yendo más allá del derecho en busca de otro tipo estándar que lo guíe en la elaboración de una regla nueva o en la complementación de una ya existente".¹⁸⁹

La principal objeción a la teoría de Hart es que no hay una comprensión clara y precisa del modo en que los derechos fundamentales son reconocidos por las cortes

¹⁸⁷ Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, pág. 346.

¹⁸⁸ Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, pág. 478.

¹⁸⁹ Carrió Genaro, *Dworkin y el positivismo jurídico*, Cuadernos de crítica, Vol. 16 Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM pág. 41.

y los tribunales de justicia, Dworkin busca demostrar la forma como operan tales iniciativas de ley en el derecho, y a su vez trata de impedir la discrecionalidad judicial o *la textura abierta del lenguaje* como lo denomina Hart. Lo anterior se traduce en la excesiva libertad que distingue a los jueces para interpretar y producir normas jurídicas, atribuyéndose responsabilidades que le son ajenas, es decir, tomando posiciones acordes a los legisladores. Al respecto Dworkin considera peligroso que los jueces decidan de acuerdo a sus opiniones, creencias o ideologías personales. A continuación se precisan las atribuciones de los abogados, los jueces y los legisladores:

a) El abogado (*advocatus*, de *ad*, a, y *vocare*: llamar, o sea, abogar) quien al ejercer debe actuar a favor de los intereses que tiene confiados, son de las más nobles actividades por su importancia. El abogado cubre funciones técnicas tanto dentro del gobierno como en la iniciativa privada, en despachos o como independientes.¹⁹⁰ También se encarga de, asesorar y aconsejar respecto de las leyes jurídicas.

b) Los jueces, (del latín *inudis*, juez). Es la persona designada por el Estado para administrar justicia aplicando la ley quien está dotada de jurisdicción para decidir litigios.¹⁹¹ Es el funcionario encargado de resolver controversias y decidir el destino de un acusado.

c) El legislador, la actividad legislativa se concreta en la elaboración de normas jurídicas. El aspecto formal se refiere a la exigencia de formular clara, inequívoca y exhaustivamente los preceptos contenidos en las leyes.¹⁹²

Retomando los criterios hartianos, es claro que los principios moralmente fundamentales no son reconocidos explícitamente en la ley positiva, por tanto la misión esencial debe consistir en reconocer los principios y el planteamiento de Hart les deja demasiada libertad para fracasar.

¹⁹⁰ Enciclopedia jurídica mexicana, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, tomo 1 pág.22-26.

¹⁹¹ Enciclopedia jurídica mexicana, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, tomo IV, pág. 729.

¹⁹² Enciclopedia jurídica mexicana, Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, tomo IV, pág. 868.

Los jueces provenientes de determinadas circunstancias económicas o sociales, o formados en determinadas especies de práctica jurídica, o con una afiliación política determinada o que se adhieren a determinados esquemas de valores, ¿tienden a decidir a favor de los intereses colectivos? En la suprema corte ¿los jueces forman partidos que se mantienen unidos cuando se deciden casos en los que está en juego el racismo o los sindicatos o la legislación antitrust (derecho a la competencia)? Parece que esas cuestiones empíricas vinieran al caso, porque si la condición social o las lealtades previas determinan la decisión de un juez, eso hace pensar que no se está siguiendo la norma.¹⁹³

Como ya se mencionó en líneas arriba, en los casos donde la ley no es suficientemente clara, los jueces tienen que ejercer la libertad para decidir su fallo, considerando una serie de alternativas reconocidas. La más notable es el *precedente* por ser el razonamiento aceptado y las soluciones encontradas en casos anteriores más o menos comparables, una segunda alternativa es resolver por analogía, esto es, aplicando el razonamiento utilizado para resolver problemas similares en otros campos de la ley; por último, los jueces también optan por razonamientos extrajurídicos, como puede ser el caso de las exigencias sociales o normas sociales.

En particular las exigencias sociales o normas sociales, no son para Dworkin una teoría del deber, es falsa en cuanto teoría general que pretenda dar cuenta de la existencia de obligaciones en todos los ámbitos. Una regla social no se considera como una regla normativa porque solo la regla social describe un cierto estado de cosas fáctico, en cambio las normas justifican la existencia de cualquier tipo de deberes y obligaciones.¹⁹⁴ Mediante estas consideraciones, las normas sociales solo son regularidades de comportamiento y creencias, por lo tanto, sin ningún deber que los obligue y menos aún habrá de por medio ningún tipo de coacción por parte de las instituciones involucradas. Además, el filósofo del derecho argentino, Genaro Carrió agrega lo siguiente: “Los hechos sociales, por regulares que sean, y las creencias de los hombres, por sinceras que sean, no justifican la afirmación de que hay un deber. Las reglas sociales y las reglas normativas son de naturaleza muy diversa”.¹⁹⁵

¹⁹³ Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, pág. 49.

¹⁹⁴ Carrió Genaro, *Dworkin y el positivismo jurídico*, Cuadernos de crítica, Vol. 16 Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, pág. 37.

¹⁹⁵ Carrió Genaro, *Dworkin y el positivismo jurídico*, Cuadernos de crítica, Vol. 16 Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, pág. 49.

En la teoría hartiana estas formas variables en la atribución significan que de modo general hay diferentes soluciones posibles para casos difíciles, y no hay un solo modelo autorizado para elegir entre ellos. Los facultados en impartir justicia, justifican su decisión generalmente en términos más bien amplios y generales, afirmando que legalmente se rigen por los precedentes oficiales, o lo que es socialmente aceptable.

En contra de la tesis de Hart, Dworkin expresa que cada caso tiene finalmente solo una solución correcta que ha de ser expresada en términos de un Derecho a ser aplicable a una de las partes en litigio, además, los principios se constituyen por ser únicos y sobresalen por su simplicidad. Así, dedica todo su empeño en desarrollar una teoría de la adjudicación que ha de guiar a los jueces en el ejercicio de su juicio, (recordemos el equilibrio reflexivo), a la vez que los conduzca a aceptar e imponer los derechos individuales de un modo acertado y sobre todo como una sola respuesta correcta.

Asimismo, es relevante considerar que nuestro autor al desarrollar su teoría normativa toma el sistema existente como referencia. Si los casos son interpretados adecuadamente, los derechos pueden derivarse de la ley existente. Si los casos no son aplicables, entonces la ley identificará el conjunto de principios que deben ser reconocidos como pertenecientes al derecho positivo, aún cuando estos derechos no hayan sido reconocidos antes, es decir, los derechos fundamentales pueden ser conocidos aún cuando no haya ley sobre el asunto. O aún contraponiéndose al derecho positivo existente, cuando el derecho positivo pueda ser reconstruido de modo convincente de acuerdo a principios morales que justifiquen el reconocimiento de tales derechos. Así, las normas surgen maduras y los principios deben evolucionar por el valor ético-jurídico para justificar casos difíciles. Dworkin comenta lo siguiente:

Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los

funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido.¹⁹⁶

Ahora bien, la inclusión de los principios en el contenido del derecho, no es un elemento ausente de nuestra tradición jurídica; sin embargo, lo original en la teoría de Dworkin es el lugar que ocupan en el ordenamiento. Esto es, los principios son considerados fuentes secundarias de derecho, aplicables solo en aquellos casos en que no existiesen normas expresas para regular el caso sujeto a examen. Es decir, son fundamentales pero solo aplicables en casos difíciles. Esto nos da una idea de que un sistema jurídico desarrollado es aceptable y que el mismo procesos histórico ha evolucionado y seguirá evolucionando.

Como complemento a lo anteriormente expuesto, la interpretación origina la validez legal de los principios fundamentales que no son considerados comúnmente por parte del derecho positivo. De esta manera Dworkin concluye que los principios éticos, aunque ajenas a las reglas jurídicas, están necesariamente presentes en la adjudicación. Así, mediante este proceso la propia interpretación y la adjudicación las transforma en normas jurídicas.

III.3 Integridad

En consecuencia, Dworkin plantea la necesidad de ampliar el concepto de derecho, a fin de incluir los principios ontológicos que justifiquen las prácticas jurídicas. Esto permitirá a los jueces encontrar principalmente en los casos difíciles los principios que justifiquen de la mejor manera posible las reglas vigentes, sin necesidad de acudir a ciertos ambientes extrajurídicos para crear normas jurídicas; así tenemos que la adjudicación o aplicación del derecho estará gobernada por la teoría del derecho como integridad, propuesta por nuestro filósofo y jurista. El concepto de integridad, fundamental en esta tesis, es concebida como el compromiso de tratar a los involucrados en los litigios de manera conciente y responsable con los principios de moralidad política plasmados en las instituciones de la comunidad. Se trata de un vínculo intrínseco entre el derecho y la moral.

¹⁹⁶ Dworkin Ronald, *Los Derecho en serio*, pág. 77.

La integridad va a ser la base de la aplicación del derecho e impone que toda decisión judicial ha de respetar los derechos políticos y morales, de manera que la respuesta judicial a los problemas de una comunidad sea coherente, justa e imparcial. Los abogados y los jueces han de respetar la integridad del Ordenamiento Jurídico, tanto desde su aspecto formal como material.

Nuevamente nuestro autor hace uso de casos concretos, y para ejemplificar lo anteriormente expuesto, el caso *Riggs vs Palmer*¹⁹⁷ es fundamental. Resulto en 1889 por la Corte de Nueva York en la cual un jurista condenó por asesinato, y además, privó de la herencia a un nieto que mató a su abuelo para cobrar una cuantiosa herencia, y sobre todo, habiendo de por medio un testamento válido que se redactó a favor del que sería su asesino. Aquí el juez actuó en contra de la ley establecida, justificando el desvío de la literalidad de las reglas jurídicas por el principio de que *nadie se puede beneficiar de su propio delito*. Pues bien, las reglas existentes sobre sucesión testamentaria no contenían excepciones relativas a este caso y, a pesar de todo, el tribunal decidió a favor de los principios individuales fundamentales, en concreto, el único aplicable a este caso; el principio de que *nadie se aprovechará de su propio delito*. Al respecto Dworkin aclara que:

Es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos, y la entrega de la propiedad al heredero, si se interpretan literalmente, y si su fuerza y efecto no pueden en modo alguno ni en ninguna circunstancia ser verificados ni modificados, conceden esta propiedad al asesino.¹⁹⁸

Si aplicamos la teoría de Hart al caso en cuestión no se consideraría un caso difícil, porque no está afectado de incerteza al nivel exacto de aplicabilidad de reglas establecidas como pueden ser: herederos directos, sucesión testamentaria, testamento válido, y solo sería cuestión de decidir cual es aplicable al caso. O bien, transfiriéndolo a los casos difíciles en que el derecho es dudoso y no entran claramente dentro del sentido de las palabras de la ley, en tal caso, se acudirá a la discrecionalidad o textura abierta del lenguaje. Es decir, acceder a aspectos

¹⁹⁷ Dworkin Ronald, *Los Derecho en serio*, pág. 73.

¹⁹⁸ Dworkin Ronald, *Los Derecho en serio*, pág. 73.

extrajurídicos aplicados por los tribunales en el ejercicio de su discrecionalidad, cuando las normas jurídicas fracasan para dar una respuesta clara y determinada.

Al respecto el jurista anglosajón refutaría la posición anterior al afirmar que de ese modo no es posible acceder a los principios morales, simplemente consultando ciertas fuentes, sino únicamente comprometiéndonos en argumentaciones morales y políticas sobre los principios que deberán invocarse para justificar mejor las decisiones tomadas en los tribunales de justicia. Así, todo representante de la ley tendrá que argumentar y justificar. Al respecto, se considerarían dos posibilidades para reconciliar los principios con el positivismo jurídico:

- a) Los juristas pueden aceptar que los principios individuales fundamentales son realmente una parte del derecho pero que pueden ser identificados por alguna versión de la regla de reconocimiento.
- b) Los juristas pueden admitir que los principios no pueden identificarse por una regla básica de reconocimiento pero pueden aceptar que esto es así porque no son realmente una parte del derecho. Son consideraciones morales.

Este caso, según Dworkin nos muestra que el derecho no consiste en normas de letras negras, es decir, las que se encuentran escritas, las que están redactadas en la constitución; sino que está formada a su vez de principios que se diferencian de las normas. La respuesta en el caso *Riggs vs Palmer* con el principio de que *nadie se aprovechará de su propio delito*, el tribunal al decidir que este principio era decisivo no decidía que tal principio siempre tendría más peso que el otro, más bien, en su simplicidad, decide que la consecuencia de permitir al asesino heredar de su víctima sería una infracción grave a los valores protegidos por tal principio y que en estas circunstancias debía prevalecer.

Asimismo, este caso nos permite ver como los representantes de los tribunales pueden cambiar el derecho mientras lo están aplicando. Esto puede parecer paradójico porque no podría aducir que si los tribunales cambian el derecho deben hacer esto desviándose de la estricta aplicación del derecho. Sin embargo, podemos

ver el ejemplo de *Riggs vs Palmer* que un tribunal puede crear una nueva percepción de las normas establecidas, pero se debe hacer solamente sobre la base de principios jurídicos, de esta manera, el tribunal en el caso explicado creó una nueva excepción sobre sucesión testamentaria pero la justificó con un principio jurídico y basándose en su integridad. “Así, una afirmación de derecho presupone un argumento moral, y no se le puede establecer de otra manera”.¹⁹⁹

Además, el caso *Riggs vs Palmer* nos enseña que el derecho no es estático, nos enseña que al cambiar las circunstancias sociales es necesaria una nueva acomodación de las normas jurídicas, es decir, como hecho social el derecho es cambiante y en constante movimiento y por ello la ley no agota el derecho. Como se ha afirmado al inicio de estas reflexiones es importante tener presente la gran responsabilidad de salvaguardar los principios fundamentales, principalmente con respecto a la interpretación de las reglas jurídicas y sobre todo a la integridad y la responsabilidad de los juristas. Justo en este punto es donde surge la exigencia de Dworkin por hacer prevalecer el reconocimiento de los derechos individuales fundamentales.²⁰⁰

III.4 El caso del Juez Hércules

La integridad corre pareja con el juez Hércules. Dworkin recrea la parte teórica y para ello un héroe griego mítico se alista para este fin y elige a Hércules*, porque él es un semidiós, capaz de trascender restricciones típicas impuestas por la condición humana. Hércules representa la fuerza, es conocido mejor por su fortaleza física que por su sutileza mental. Aquí precisamente su habilidad está en combatir y derrotar a sus enemigos en pro de los indefensos y afligidos, más que en comprender los límites impuestos por la condición humana.

¹⁹⁹ Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, pág. 230.

²⁰⁰ Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, pág. 95.

* En la mitología griega es llamado Heracles y posteriormente los romanos adoptan el mito sin muchas variantes, nombrándolo Hércules. Los padres de Hércules son el dios Zeus y la mortal Alcmena, por lo mismo se hace comprensible su naturaleza dual es decir con características de un dios del olimpo y características de un ser humano. Semidiós. Cuenta la leyenda que habitando la tierra a la edad de 9 años, le pronosticaron que sería un gran héroe lleno de gloria. Ángel María Garibay, *Mitología Griega*, Editorial Porrúa, 2003 págs. 173-174.

Para Dworkin, esta condición especial habrá de llevar al juez mítico a construir una unidad de perspectiva para llevar a cabo la plena adjudicación con respecto a la decisión judicial. En contra de la tesis de la discrecionalidad judicial, expone un método de decisión personificando a un juez con capacidades extraordinarias, destinado a encontrar en cada caso difícil los principios que se apliquen de la mejor manera posible a las reglas vigentes y que provean la mejor justificación moral para la decisión del caso. El proyecto propuesto por Dworkin al haber hecho emerger a Hércules consiste en:

[...] organizar una teoría de la constitución, configurada como un conjunto complejo de principios y directrices políticas que justifique ese esquema de gobierno. Debe enriquecer esa teoría refiriéndose alternativamente a la filosofía política y a los detalles institucionales. Debe generar teorías posibles que justifiquen los diferentes aspectos del esquema y poner a prueba las teorías en función de la institución global. Y conceptos controvertidos de que se vale la teoría triunfante.²⁰¹

Cuando el juez Hércules decide un caso difícil, un caso que no puede resolverse simplemente sobre la base de normas de *la letra negra* debe empezar a construir una teoría jurídica aplicable que consistirá en una elaborada justificación moral y política de las normas y de la situación que afecte el caso difícil. “Como se trata de Hércules, podemos suponer que es capaz de presentar una teoría política cabal, que signifique la constitución en su totalidad”.²⁰² Es decir, cuando se presente los casos difíciles el juez Hércules deberá tomar en cuenta desde su concepto de integridad los valores de moral política que le ayudaran a identificar los derechos de las partes en litigio. Así, cuando nos presentamos ante la jurisdicción de Hércules, este examina nuestros derechos y los de nuestros oponentes entendiéndolos existentes previamente al surgimiento del conflicto. Hércules toma en cuenta desde su concepto de integridad, los valores de moral política que le ayudarán a identificar los derechos de las partes.

Como hemos advertido, el derecho posee una dimensión que no se agota en el estudio de las normas jurídicas. Según Dworkin, el derecho reviste una dimensión moral que se reconoce a través del estudio de reglas, los principios, las directrices y

²⁰¹ Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, pág. 179.

²⁰² Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, pág. 179.

los precedentes. Resulta obvio que una comprensión del derecho tan vasta, necesita de jueces que estén comprometidos íntegramente con tan alto grado de responsabilidad, además, un juez estará dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumana. Es por ello que el filósofo norteamericano plantea como complemento de su definición del derecho, una clarificación del papel institucional que le sea correspondiente a los autorizados para impartir la ley y la justicia. “Haríamos bien en considerar de qué manera, en los casos adecuados, un juez filósofo podría elaborar teorías sobre qué es lo que exigen la intención de la ley y los principios”²⁰³ .

A manera de conclusión, la tesis dworkiniana se funda en estructuras ontológicas contenidas en el derecho y ha expresado claramente la manera en que habrán de encontrarse dispuestas en los ordenamientos jurídicos, a pesar de que los representantes del derecho positivo intenten incansablemente negar los principios ontológicos. Así pues intentará siempre mejorar el razonamiento judicial de manera completa mediante razonamientos y consideraciones pertinentes para la justificación del derecho. Y el teórico anglosajón lo confirma al agregar que los encargados de impartir justicia y en especial los juristas “deben reconocer que el derecho no tiene, frente a la filosofía, más independencia de la que tiene frente a otras disciplinas”.²⁰⁴

Asimismo, en el debate Hart-Dworkin están las más importantes repercusiones del pensamiento jurídico y una de las características más interesantes de esta disputa es la disposición que tienen ambos autores para poner a prueba posturas diferentes en relación con la pregunta sobre la solución de los casos difíciles y la discrecionalidad judicial. Recordemos que ambos autores desarrollan sus tesis de acuerdo a diferentes contextos históricos. Hart desde la posguerra inicia las transformaciones positivistas, un proceso de cambio que no puede ser dada radicalmente, y Dworkin las complementa.

Finalmente, la postura de Ronald Dworkin es sumamente relevante considerando que sirve como instrumento de evaluación y crítica a las decisiones que toman los jueces

²⁰³ Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, pág. 177.

²⁰⁴ Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, pág. 233.

en la impartición de la justicia, principalmente en los casos difíciles. Así mismo, es importante recordar el epígrafe de este capítulo, porque sin lugar a dudas Ronald Dworkin promueve el renacimiento de un nuevo iusnaturalismo, que no es más que pensar y actuar en beneficio y el bienestar de los seres humanos concretos, rechazando cualquier utilidad económica, política o científicista, y es puntualizado así:

El gobierno debe tratar a quienes gobierna con consideración, esto es, como seres humanos capaces de sufrimiento y de frustración, y con respeto, o sea como seres humanos capaces de llegar a concepciones inteligentes de cómo han de vivir su vida, y de actuar de acuerdo con ellas. El gobierno no solo debe tratar a la gente con consideración y respeto, sino con igual consideración y respeto.²⁰⁵

²⁰⁵ Dworkin Ronald, *Los derechos en serio*, pág. 388.

CONCLUSIONES

Como fue expuesto al inicio del primer capítulo, es verdad que el derecho surge como un impulso a la seguridad social, no hay derecho donde no hay orden cierto y seguro, esto es legítimo. El derecho crea las condiciones para garantizar el equilibrio y la estabilidad de los miembros de la comunidad. Ahora bien, las instituciones jurídicas determinan las condiciones bajo las cuales las normas jurídicas deben ser respetadas y obedecidas por los hombres, garantizando la protección de la sociedad en su conjunto. Cuando esta protección alcanza cierta medida óptima se habla de seguridad colectiva; en cuanto es garantizada por el orden jurídico como orden social. Esta sería la actividad fundamental de las instituciones jurídicas y políticas. Lograr una convivencia social optima entre todos los hombres.

Recordemos que Rousseau no describe el puro estado de naturaleza como una guerra de todos contra todos²⁰⁶ como lo afirmaba Hobbes, pero sí como un estado en que cada cual se haya aislado por completo de los demás, mismos que le son indiferentes, no existe un vinculo moral ni sentimental así como una idea del deber o movimiento de simpatía que ponga algún enlace entre los individuos; cada uno existe para sí mismo y busca tan solo lo que es necesario para la conservación de su propia vida. Para Rousseau el contrato social es libertad e igualdad, donde pretende encontrarla en el estado de sociedad, pero transformada, habiendo sufrido una especie de modificaciones. “Hallar una forma de asociación que defienda y proteja a toda la fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y en virtud de la cual, al unirse cada uno a todos, no obedezca más que así mismos y quede tan libre como antes”²⁰⁷

El propósito de un estado de derecho es formar una comunidad que proteja a cada uno con toda la fuerza reunida de la asociación estatal, de suerte que el individuo, se una a los demás. Al darse cada uno a todos, no se da a ninguno en particular y, como

²⁰⁶ Hobbes siempre mantuvo la postura de que había que contener los impulsos del ser humano y solo era posible mediante el control estatal y jurídico, el hombre es a raíz un ser malvado, inteligente e insociable y por lo tanto en el estado de naturaleza una guerra de todos contra todos. Hobbes dice que “La causa de que si dos hombres desean la misma cosa, y en modo alguno pueden disfrutarla ambos, se vuelven enemigos, y en el camino que conduce al fin, trata de aniquilarse o sojuzgarse uno al otro” Hobbes Tomas, *Leviatán*, pág. 101.

²⁰⁷ Rousseau, J.J., *El contrato social*, pág. 48.

no existe ningún miembro de la comunidad sobre el que no se gane el mismo derecho que el que a él se le permite sobre uno mismo, así, cada uno recobra lo que entrega en la misma medida, y recibe, al mismo tiempo, una fuerza mayor para afirmarse a sí mismo y mantenerse en lo que es y en lo que tiene. Solo mediante un buen orden social, es posible erradicar el mal moral y la injusticia y realizar la perfectibilidad moral logrando así el bienestar del ser humano.

En virtud de lo anterior, esta investigación se afirma en la teoría de que el carácter ontológico del derecho natural debe necesariamente estar contenido en el derecho vigente o derecho positivo; hay que tener presente que el derecho es norma y es relación social y debe orientarse por una carga axiológica, luchando por un orden jurídico y por un estado de derecho al servicio del ser humano. Así, el derecho debe estar al servicio del ser humano y no el ser humano al servicio del derecho, pero para que este proyecto tenga efecto, es necesario limitar los actos del hombre. Además, nuestra propia capacidad racional nos indica que no podemos ir en contra del hombre mismo, pues es indudable que la recta razón humana está dirigida al bien común.

El individuo pierde su libertad natural, pero obtiene la libertad civil; pierde un derecho vago e ilimitado a todo, gana el derecho de propiedad sobre los bienes de uso que llega a poseer en virtud de su trabajo. Aunque el hombre se despoja, por su entrada a la sociedad, de diferentes ventajas que posee como individuo, logra, por otra parte, un desarrollo de sus capacidades, un despertar de sus ideas y ennoblecimiento de los sentimientos, que si no fuera por los abusos de ordenes institucionales reduccionistas como el positivismo jurídico que a menudo rebajan al ser humano a simples objetos, la actuación del derecho estaría dentro de los cánones de un estado de derecho autentico. Recordemos que a lo largo de esta investigación, las tesis positivistas de los juristas; Jeremy Bentham, John Austin, Hans Kelsen y H.L.A. Hart, surgieron solamente desde los ámbitos intelectuales y científicos, proclamando toda desvinculación con los razonamientos del Derecho Natural, de un humanismo autentico. El luspositivismo deshumanizante que se expresa en una racionalidad meramente instrumental y olvidando la naturaleza ética propia del ser humano.

Hans Kelsen es quizá el más radical iuspositivista del siglo XX, al afirmar que la justicia es una idea irracional. A partir de esta teoría, Kelsen condiciona o más aún, niega la existencia de valores absolutos, capaces de justificar o no una determinada conducta de acuerdo con un criterio universal de justicia que ya se encuentra en sí implícito en el derecho. Su idea de justicia se une, por una parte, a su negación del Derecho Natural, a cuyas doctrinas atribuye una concepción dualista del Derecho entendido en dos dimensiones opuestas, la del derecho positivo y la del derecho natural, y por la otra a la pretendida imposibilidad de la razón para establecer y determinar un contenido o concepto universal de justicia en la naturaleza humana.

Asimismo, el rechazo a los postulados del derecho natural se debe también a la norma hipotética o *Grundnorm* (siendo ésta una norma supuesta al no originarse de una norma superior). La idea de que la validez originaria se encuentra en la norma hipotética y en ningún caso en un fundamento superior a los establecidos por el derecho positivo, por tanto, aceptar otras perspectivas significaría negar la posibilidad de una ciencia del derecho autónoma e independiente. Así mismo, el concepto de que tal validez debe estar garantizada por la fuerza y la coacción, a lo cual no sucede con el derecho natural. Kelsen introduce la arbitrariedad y el control al negar la existencia de un criterio universal de justicia que pueda limitar la voluntad del legislador. Así, se cae en la contradicción de aceptar una norma hipotética de valor absoluto, rechazando, al mismo tiempo, toda idea de justicia como valor también absoluto. Kelsen cae en contradicción porque los únicos juicios aceptables por la ciencia del derecho son aquellos que comprueban la conformidad entre un hecho y una norma jurídica.

Dentro del iuspositivismo moderado se encuentra la postura de H.L.A. Hart, el cual considera como objeto propio de su estudio la creación de las leyes jurídicas y en forma complementaria la presencia del contenido mínimo de la moral pero solo de forma accidental y no como algo trascendente y fundamental. Hart acepta lo que llama el contenido mínimo de la moral pero solo desde una perspectiva positiva y real, rechazando todo vínculo metafísico. Así, niega el concepto teleológico de naturaleza y se queda con ciertas características empíricas de la naturaleza humana.

En un sentido fáctico, el único propósito que cabe para hacer implícito los derechos naturales en las reglas jurídicas, según Hart, es considerando la participación para todos los seres humanos el de sobrevivir junto a sus semejantes, esto permite afirmar que las normas que prohíben el uso de la violencia y aquellas que constituyen la forma mínima de propiedad pueden considerarse contenidos mínimos de derecho.

Por otro lado, hay que tener presente que Ronald Dworkin denuncia la disposición de las tres habilidades técnicas dadas en las universidades: a) se les enseña a analizar las leyes y las opiniones judiciales b) se les enseña a analizar situaciones fácticas y complejas y c) se le enseña a pensar en términos tácticos y estratégicos. La enseñanza del derecho desde este enfoque ofrece una ilusión de progreso, pero sobre todo menospreciando lo verdaderamente relevante como es la impartición de justicia. Además, la postura ontológica del juez Hércules propuesta por Dworkin, pretende llegar a ser un modelo de equilibrio guiándose por el sentido de *integridad* y considero que solo se logrará mediante el vínculo entre Derecho y filosofía. Es decir, para lograr la *integridad* propuesta por Dworkin, el estudio de la filosofía es de gran relevancia para los teóricos del derecho así como también los que ejercen la práctica jurídica desde los tribunales de justicia.

No debemos olvidar que desde los estoicos y principalmente en Cicerón, la palabra *humanitas* significa la educación del hombre como el reconocimiento del valor humano en las letras clásicas, a lo que con anterioridad los griegos denominaron *paideia*. Así, para los estoicos las “buenas artes” no son más que las disciplinas humanísticas que forman al hombre con una conciencia verdaderamente humana.

El estudio del derecho en armonía con el estudio de la filosofía agudiza la claridad de pensamiento y expresión, asimismo se agudiza la capacidad de argumentación sobre temas prácticos de la valoración entre diversos intereses. La reflexión filosófica que versa sobre el derecho es completada por una actitud crítica que pretende construir un discurso más elaborado y más completo sobre las cuestiones jurídicas. Primordialmente los estudios a los problemas de la filosofía moral. Así, la filosofía del derecho se constituye en la guía preponderante para iluminar los caminos oscuros de

la ciencia jurídica y sus aplicaciones. Por eso, el derecho y la filosofía resultan inseparables. Desde las aulas, estos serían los requisitos básicos indispensables:

- a) La Filosofía del Derecho, como reflexión filosófica sobre el tema jurídico y encontrando su mas alto nivel de reflexión en la ética, debe establecerse en los campos académicos.
- b) Evitar la propensión a educar juristas solamente capacitados en la destreza operativa práctica y material, evitar que los teóricos contrapongan el mercado y las cosas al ser humano ausentes de ética y de comprensión humana.
- c) La formación académica de los futuros legisladores, juristas y abogados, debe tener como contenido un espacio humanístico a lo largo de todo el proceso de enseñanza.
- d) La concepción humanística del derecho debe estar orientada por la justicia y la equidad como el valor supremo.
- e) Las investigaciones jurídicas deben estar exentas de dogmatismos y fundamentalismos, pero con ideales y con fundamentos integrales y humanistas, buscando un espíritu práctico y sobre todo orientado por una ética superior.

Finalmente lo que me ha movido a realizar esta investigación no es más que la defensa de la dignidad humana y considero que desde la plataforma jurídica surgen las peores injusticias y desigualdades sociales. Recordemos que Kant parte de que todos los seres humanos somos poseedores de la misma dignidad y afirmó que solo puede hablarse de auténticos derechos humanos fundamentales si se admite la existencia de un orden jurídico superior al derecho positivo capaz de inducir a los encargados de impartir justicia a dejarse guiar en la elaboración del derecho positivo por el principio de la dignidad humana.

Asimismo, siempre tener presente que los Derechos Fundamentales, deben de ser defendidos por que siempre que algún gobierno los excluya, inevitablemente se encamina hacia la extinción y la barbarie y esto solo se evitará mediante la permanente inserción del Derecho Natural a las leyes constitucionales de una nación. En otras palabras, es vital que el derecho deba tener como motivación radical los

valores superiores, y en la medida que se guíe por estos valores, estará el Derecho plenamente justificado.

BIBLIOGRAFIA

- Abbagnano** Nicola *Diccionario de Filosofía*, FCE, 2000, Trad, Alfredo N. Galletti.
- Aristóteles**, *Ética Nicomaquea y Política*, Ed. Porrúa, 1999.
- Atienza** Manuel, *Introducción al Derecho*, Distribuciones Fontamara, 2ª.edición, 2000.
- Austin** J. L., *Sobre la utilidad del derecho de la jurisprudencia*, Trad. F. González Visen, Madrid, Centro de estudios Constitucionales, 1981.
- Beuchot** Puente Mauricio, *Derechos Humanos Iusnaturalismo y Iuspositivismo*, UNAM, 1995.
- Bodenheimer** Edgar, *Teoría del derecho*, FCE, Trad. Vicente Herrero, 1994.
- Cuadernos de Crítica**, Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM, Vol. 5,14,16 y 32.
- Cuadernos** "Bartolomé de las casas" Vol. 26, Universidad Carlos III de Madrid, Ed. Dykinson, 2003, 2ª. Edición.
- De Aquino** Santo Tomás, *Summa Teológica*, Cuestión 93 de la ley eterna, Cuestión 94 de la ley natural, Biblioteca de autores cristianos, Tomo VI.
Summa Teológica, Tratado del Hombre.
- De Vitoria** Francisco, *Relaciones de estado, de los indios, y del Derecho de la guerra, De la potestad civil*, Ed. Porrúa, 1974.
la Justicia, Colección Clásicos del Pensamiento ed. Tecnos, 2001.
- Dworkin** Ronald, *Los Derechos en serio*, Ed. Ariel Derecho, 2002.
- Enciclopedia Jurídica Mexicana**, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2002.
- Ezequiel** Pérez Javier, *Kelsen y Ross, Formalismo y realismo en la teoría del derecho.*
- García** Maynez Eduardo, *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo, Filosofía del derecho*, Editorial Porrúa, México, 1997.
- Gómez** Robledo Antonio, *Meditación sobre la justicia*, Fondo de Cultura Económica, 1963
- Hart** H. L. A., *El concepto del derecho*, trad. Genaro Carrió, 2a edición, 1961, Ed. Abelardo-Perrot Buenos Aires.
- Hobbes** Thomas, *Antologías, textos cardinales/ediciones península* Barcelona, 1987.
Leviatán, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Kant** Immanuel, *Crítica de la Razón Pura, Prologo a la 1ª y 2ª edición*, Madrid, Alfaguara, 1995.
Lecciones de ética, Ed. Critica Barcelona, trad Eduardo Crespo, 1988.
Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres,
Crítica de la Razón Práctica,
Metafísica de las costumbres, editorial Tecnos, 2005.
La Paz Perpetua, Editorial Porrúa, 2003.
- Kelsen** Hans, *¿Qué es la justicia?*,
Teoría pura del Derecho, México UNAM, 1986.
- Magallón** Anaya Mario, *José Gaos y el crepúsculo de la filosofía latinoamericana*, UNAM.
- Peces-Barba** Martínez Gregorio, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho,*
Introducción al la filosofía del derecho,
- Revistas** de Isonomía, Colección, Filosofía del Derecho ITAM.
- Rawls** John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

Tamayo y Salmorán Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho, la teoría del derecho de John Austin*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1986.

Verdross Alfred, *La filosofía del Derecho del mundo occidental*, Trad. De la Cueva Mario, 1962, Fondo de Cultura Económica, 1962.

Villoro Luís, *Los retos de la sociedad por venir. Ensayos sobre justicia, democracia y multiculturalismo*, Fondo de Cultura Económica, 2007.