

DERECHO Y ESTADO DE DERECHO: UNA CONCEPCIÓN DEL DERECHO PARA EL MÉXICO CONTEMPORÁNEO INSPIRADA EN LA FILOSOFÍA DE LON FULLER Y DE UBERTO SCARPELLI* **

EDGAR R. AGUILERA***

Resumen

Dos tesis centrales de la visión de H. L. A. Hart son: 1. que en la unión de reglas primarias y secundarias radica la clave para comprender al derecho moderno, y; 2. que la eficacia de las reglas del primer tipo —es decir, que las reglas primarias de obligación sean más frecuentemente obedecidas que desobedecidas por parte de la población general (o de los particulares)—, y la aceptación por parte de los funcionarios u oficiales, de las reglas del segundo tipo, constituyen la prueba de la existencia de un sistema jurídico determinado. Inspirado en las ideas de Lon Fuller y de Uberto Scarpelli, propondré una visión que va más allá de esta perspectiva excesivamente estructural o formal. En concreto sostendré que a la hora de determinar si un sistema jurídico particular

* Fecha de recepción: octubre, 2015. Aceptado para su publicación: noviembre, 2015.

** Agradezco a la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEMex) por la beca de movilidad docente que me otorgó a efecto de poder realizar esta investigación.

*** Licenciado en Derecho por la Universidad Tecnológica de México, Certificado en Estudios Jurídicos Transnacionales por el Center for Transnational Legal Studies, Londres. Doctor en Derecho con mención honorífica por la UNAM. Catedrático titular por oposición de la asignatura de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, UNAM. Profesor-investigador adscrito al Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública, Facultad de Derecho, UAEMex. Integrante del Cuerpo Académico de Justicia Penal y Seguridad Pública de la misma Institución. Miembro del SNI, nivel I. Correo electrónico: edgaraguilera50@hotmail.com Mi producción académica puede consultarse en el sitio: <https://uaemex.academia.edu/EdgarAguilera>

existe, es posible que, dadas ciertas condiciones, surja una práctica ampliamente diseminada que exija realizar consideraciones morales relativas al grado de legitimidad del sistema en cuestión. Entre tales consideraciones, la que tiene que ver con establecer si el sistema bajo examen observa mínimamente los principios del Estado de Derecho, ocupa un lugar prioritario.

Abstract

Two main theses of H. L. A. Hart's jurisprudence are: 1) that the key to understanding the concept of (modern municipal) law lies in the union of primary and secondary rules, and; 2) that the efficacy of primary rules—that is, that they be more frequently obeyed than disobeyed by particular citizens—and the acceptance by the officials of their secondary rules constitute proof that a legal system exists. Based on Lon Fuller's and Uberto Scarpelli's ideas, I will argue for a view that goes beyond Hart's exclusively formal or structural position. In particular I will hold that when determining whether a particular legal system exists it is possible for a widely spread practice that requires taking moral considerations into account to emerge, one in which establishing that the legal system under scrutiny really respects the principles of the Rule of Law to a minimum threshold, is the most important consideration.

Palabras clave: Existencia de un sistema jurídico, Relaciones entre los conceptos de derecho y de Estado de Derecho, Filosofía del derecho de Lon Fuller, Filosofía del derecho de Uberto Scarpelli, Derecho y moral, Positivismo jurídico y anti-positivismo jurídico.

Keywords: The existence of legal systems, the relationship between the concept of law and the Rule of Law, Lon Fuller's jurisprudence, Uberto Scarpelli's jurisprudence, Law and morals, Legal positivism and anti-positivism.

1. Introducción

El objetivo general que persigo en esta ocasión consiste en defender la postura que sostiene que dadas ciertas condiciones—o en determinadas circunstancias—, es posible dar una respuesta afirmativa a la pregunta con la que abre el título del trabajo. Para contribuir al esclarecimiento de mi posición y del contexto en que surge, comenzaré por plantear las siguientes cuestiones básicas:

1. ¿A qué tipo de legitimidad me refiero? A la que un sistema jurídico adquiere como resultado de observar los principios constitutivos del ideal del *Estado de Derecho* (*ideal que, por el contenido que aquí le confiero, puede considerarse equivalente al del Es-*

tado Constitucional y Democrático de Derecho).¹ La legitimidad en comento es, por tanto, una de tipo “procedimental” más que sustantiva. Esto significa que más que el contenido específico de las normas jurídicas del sistema, me interesan tanto su estructura formal, como los procedimientos que se siguen para su creación y aplicación. Así mismo, dicha legitimidad puede ser mayor o menor en función del mayor o menor grado de observancia de los principios del Estado de Derecho.

2. ¿Por qué es relevante esta clase de legitimidad? Debido a que en el marco de lo que aquí se propone, el progresivo y sistemático alejamiento de los principios referidos por parte de las autoridades, servidores públicos, funcionarios, etc., puede acarrear la *inexistencia* del sistema jurídico en cuestión, siempre que no se supere cierto *umbral de observancia mínima*. Sin embargo, de su inexistencia no se sigue que en la comunidad de referencia haya desaparecido todo sistema de control social, sino que ese sistema —que ha sustituido al derecho y que incluso *simula* serlo escondiéndose detrás de sus estructuras formales—, ha perdido el *estatus* de “sistema jurídico”, de “derecho”, o de un gobierno que se organiza y rige mediante reglas o normas generales.
3. ¿Qué líneas de pensamiento sigo? Primordialmente la del profesor Lon Fuller,² de cuyas reflexiones —así como de su debate con el profesor Hart—,³ es posible extraer la sugerencia de que el ideal del Estado de Derecho puede realizar aportaciones cruciales al contenido del concepto mismo de derecho y/o de sistema jurídico. Y más específicamente, que la prueba de que existe un determinado sistema jurídico puede involucrar algo más que la mera constatación de que la sociedad de que se trate cuenta con un entramado de prácticas oficiales y de instituciones para la administración —en términos de su identificación, creación, modificación y aplicación—, de las que Hart denominara “normas primarias de obligación”. Pero también sigo las ideas del profesor Uberto Scarpelli,⁴ las cuales sugieren que, sean conscientes de ello o no, al construir, presentar y discutir sus concepciones, los teóricos del derecho, de hecho, contribuyen al desarrollo, defensa y consolidación de alguna forma de organización política (como la del Estado Moderno o la del Estado de Derecho, por mencionar

¹ Véase la sección 8.

² Fuller, Lon, *The morality of law*; “Positivism and fidelity to the Law: A reply to professor Hart”, en *Harvard Law Review*, No. 71, pp. 630-672; Rundle, Kristen, *Forms Liberate. Reclaiming the jurisprudence of Lon L. Fuller*

³ Véase la sección 5, B.

⁴ Scarpelli, Uberto, *¿Qué es el positivismo jurídico?*

algunos ejemplos). En este sentido, creo que ha llegado la hora de que la teoría del derecho, sobre todo en países como el nuestro, consciente, activa y frontalmente contribuya a la defensa y consolidación del Estado de Derecho al proponer concepciones del derecho.

4. ¿Por qué es importante la concepción que más adelante detallaré? Porque considero que permite desenmascarar o poner al descubierto las prácticas de simulación, encubrimiento e impunidad en las que incurren ciertos sistemas, en *principio jurídicos*, los cuales, aprovechándose de contar con la infraestructura institucional propia del Estado Moderno —dependencias administrativas, órganos legislativos y jurisdiccionales—, la emplean perniciosamente instaurando un mecanismo subrepticio y paralelo de control social para el exclusivo beneficio de ciertos grupos dominantes y/o de cierta ideología —entre tales grupos, el de los funcionarios (que a su vez, bien pueden haber sido cooptados por ciertos poderes fácticos como el crimen organizado)—. Por su parte, dicho mecanismo de control social poco o nada tiene que ver con lo que la doctrina, los instrumentos internacionales y hasta el sentido común establecen acerca de la forma en que un sistema jurídico *genuino* (uno que respeta mínimamente los principios del Estado de Derecho) *debería proceder*, principalmente en lo que concierne a la *creación y aplicación* de normas jurídicas. Me parece que nuestro país incursiona peligrosamente por la ruta que lo puede llevar al escenario anterior, ya que como explica Sefchovich “...México entre al siglo XXI de la mano de la mentira y la simulación, compañeras fieles a lo largo de su historia, pero que ahora han alcanzado alturas insospechadas. Porque como nunca la incongruencia entre el discurso del poder y la realidad es enorme... Nos la hemos pasado creando instituciones, promulgando leyes, firmando convenios. Hemos adoptado ideas de otras culturas fingiendo que estamos de acuerdo con ellas. Usamos los conceptos que la comunidad internacional pone de moda y que nosotros, en el afán de ser aceptados por ella, hacemos creer que creemos. Son los discursos política, ideológica y culturalmente correctos de nuestro tiempo y son asuntos que se presentan como moralmente inquestionables y que además se prestan a las hermosas palabras, a los grandes programas y a las preciosas promesas. Pero ¿y luego qué? Luego simple y llanamente no cumplimos nada de eso. La mentira es la esencia de nuestra vida política (y jurídica) y lo que le permite seguir funcionando...⁵ Puede sostenerse que las

⁵ Sefchovich, Sara, (2008), *País de mentiras*, pp. 334-335.

mentiras y la simulación de las que habla la autora se han incrementado al punto de instalarse como un recurso de lo más normal y cotidiano, incluso en áreas tan sensibles como la procuración y la impartición de justicia, en las que, siendo caritativos, hemos de concluir que al menos hay indicios de que el Estado Mexicano ha incurrido constantemente en prácticas aberrantes como la tortura de los acusados para extraer confesiones, o el deliberado encubrimiento de la participación de cuerpos de seguridad federales y del ejército en la comisión de desapariciones forzadas y de ejecuciones extrajudiciales. Es escalofriante pensar que casos emblemáticos como los de Tlatlaya, Apatzingán, Tanhuato y Ayotzinapa no sean más que la punta del iceberg.

5. ¿Cómo propiciar el cambio de la situación que vivimos? En parte, pero muy importantemente, modificando el contenido de nuestras estructuras de pensamiento más arraigadas como el concepto mismo de derecho y/o de sistema jurídico. A este proyecto deseo aportar, desde la trinchera de la filosofía y de la teoría del derecho, mediante las reflexiones vertidas a lo largo de esta investigación.

Ahora bien, para tener más probabilidades de lograr el cambio al que me referí en la respuesta a la última de las preguntas previas, debo proceder con la cautela analítica adecuada a fin de dotar de plausibilidad a la postura teórica que presentaré. En otras palabras, tendré que recorrer un camino extenso y tendré que hacerlo dando pequeños pasos para ir avanzando poco a poco en el desarrollo del argumento. Por ello, la estructura del trabajo quizá pueda parecerle al lector algo compleja, la cual es la siguiente:

En la sección 2 afirmo que tanto positivistas como anti-positivistas por igual, conceden que entre el derecho y la moral se establecen nexos cruciales de los que debe dar cuenta la filosofía jurídica (de tal suerte que, de entrada, no resulta tan extraña o ajena la propuesta de que la existencia de un sistema jurídico pueda depender de su grado de legitimidad). Para dar sustento a dicha aseveración, me centro en el positivismo (porque es de esta corriente de la que comúnmente se duda que reconozca lazos entre el derecho y la moral) y hago un somero recuento de sus posturas más sobresalientes en torno a la existencia del derecho y a la validez de las normas jurídicas.

En la sección 3 destaco que el común denominador de las visiones positivistas estudiadas es el de adherirse a la versión débil o fuerte de la denominada Tesis de la Separación. En esta misma sección señalo que en lo que parece haber consenso unánime —al menos actualmente— es en suscribir la versión fuerte de dicha tesis en lo que respecta a determinar la

existencia de un sistema jurídico. Por último, presento la Tesis de la Vinculación (propia del anti-positivismo).

En la sección 4, siguiendo a Giudice, denunció una suerte de “imperialismo metodológico” según el cual, al intentar explicar la naturaleza del derecho o algún aspecto de ella —como las condiciones de existencia de un sistema jurídico—, o se emprende un proyecto general y descriptivo, o uno prescriptivo, es decir, o se reflexiona sobre las propiedades del derecho existente que lo hacen ser lo que es, o sobre las propiedades de un derecho deseable, mejor o más excelente del que se tiene.

En la sección 5 concedo que, en principio, los proyectos descriptivos y los prescriptivos son igualmente válidos, pero, en efecto, diferentes. Sin embargo, sostengo también que al menos en lo que toca a conceptos como el de derecho o el de sistema jurídico, la línea que divide descripción y prescripción es más notoriamente artificial o ilusoria y, por tanto, más susceptible de experimentar fluctuaciones o revisiones en función de los objetivos teóricos y del contexto social, económico, político y cultural en que se realiza y recibe la propuesta en cuestión. Intento mostrar lo artificial de la dicotomía descriptivo/prescriptivo haciendo alusión a —y criticando—, ciertas posturas del profesor Hart.

En la sección 6 presento la adhesión a la versión *débil* de la Tesis de la Separación en cuanto a la existencia de un sistema jurídico, como alternativa al “imperialismo metodológico” referido anteriormente, según la cual, para establecer que un sistema jurídico existe como tal, si se dan ciertas condiciones, es *posible* —aunque no necesario— que se recurra a consideraciones morales relativas al grado de legitimidad procedimental y/o sustantiva de dicho sistema.

En la sección 7 esbozo una ruta general para desarrollar concepciones sobre la existencia del derecho compatibles con la versión débil de la Tesis de la Separación, en la que la combinación de elementos estructurales y funcionales, la posibilidad de hablar de una obligación *prima facie* o *derrotable* de obedecer al derecho, y la de contribuir al desarrollo, consolidación y defensa del Estado de Derecho, desempeñan un papel fundamental.

Por último, en la sección 8 me refiero someramente a una concepción específica (desarrollada más extensamente en otro lugar) acerca de la existencia del derecho, la cual continúa la pauta de visiones como la de Fuller y Waldron. En este sentido, parte de considerar que una función básica del derecho es la de limitar los abusos a los que se presta el ejercicio del poder público y que la observancia mínima de los principios del Estado de Derecho (que incluyen no sólo las características formales de las reglas, sino también directrices relativas a su creación y aplicación),

contribuye a lograr dicho objetivo. En la parte final de este apartado relaciono dicha concepción con la teoría de la *patología de un sistema jurídico* elaborada por Hart.

2. Derecho y moral en la filosofía jurídica (con especial referencia al positivismo contemporáneo)

Sostengo que, en términos generales, tanto el *positivismo* (en sus diversas variantes, o al menos, en las académicamente serias), como el *anti-positivismo* (también en sus múltiples manifestaciones, incluyendo al *jusnaturalismo*), conceden que entre el derecho y la moral se establecen estrechas y cruciales conexiones de las que debe dar cuenta la reflexión filosófico-jurídica (y de las que, por supuesto, se siguen consecuencias prácticas muy importantes). Las diferencias (y consecuentemente, el debate, pero también, ciertos acuerdos mínimos), emergen de la forma en que se caracterizan dichas relaciones.

En lo que sigue, partiré del supuesto de que los vínculos entre derecho y moral son más claros y robustos desde una óptica anti-positivista. Por ello, a efecto de dar mayor sustento a la afirmación con la que inicié esta sección, me centraré sólo en el positivismo contemporáneo. Para hacerlo, aludiré a las que me parecen sus bases o fundamentos conceptuales con el propósito de mostrar cómo, mediante un proceso *dialéctico*, los distintos autores paulatinamente han visto nexos cada vez más fuertes entre el derecho y la moral (al punto en que, en ocasiones, la línea que separa al positivismo del anti-positivismo, parece borrarse).

Pues bien, al menos tres son los rubros o temas respecto de los cuales uno puede asumir una postura positivista: La existencia del derecho, su normatividad y los criterios que una norma debe satisfacer para pertenecer a un sistema jurídico (o, en breve, los criterios de validez jurídica). A continuación me referiré a algunas de las posturas positivistas más sobresalientes en torno al tema de la existencia de un sistema jurídico y al de la validez de sus normas:

A. La existencia del derecho

La clásica posición positivista en torno a este punto se articula sosteniendo que la *existencia* (y contenido) del derecho depende *exclusivamente*, y en última instancia, de la ocurrencia de cierta clase de hecho social complejo.

Esta es la llamada “Tesis del Hecho Social” (o “Social Fact Thesis”)⁶ y se basa en la idea de que el derecho es esencialmente un artefacto al servicio de la sociedad, el cual es *colectivamente construido* y, por ende, un producto resultante *sólo de la actividad humana*. Como explica Green, esto no significa que para el positivista, hablar de los méritos morales de las conductas prescritas por el derecho sea un sinsentido, algo sin importancia o un asunto periférico, poco prioritario en la agenda de la filosofía jurídica. Se trata simplemente de dar ropaje teórico a la intuición de que así como la justicia, prudencia, bondad o eficacia de alguna pauta de conducta particular no es suficiente para que sea considerada parte del derecho de una sociedad, su injusticia, imprudencia, ineficacia o perversidad moral, tampoco constituyen razones suficientes para dudar de que se trata de una norma jurídica (si satisface ciertas condiciones, generalmente relativas al procedimiento seguido para su creación).⁷

Así, la verdad del enunciado que afirma que una norma (N) pertenece a (o es válida en) un sistema jurídico (SJ) en una época determinada requiere, entre otras condiciones (y lo que sigue es obvio), que sea verdad el enunciado que afirma la existencia del SJ en cuestión. Y, como se ha dicho, el positivismo sostiene que la verdad de la última proposición depende de que tenga lugar cierto hecho de naturaleza social (es decir, uno que involucre el comportamiento y las actitudes hacia el mismo, de los miembros de una comunidad). Pero ¿cuál es ese hecho? Las respuestas que se han dado a esta interrogante pueden clasificarse, pese a sus diferencias sustantivas (que no son pocas), en *monistas* y *dualistas*. Las primeras —entre ellas, las proporcionadas por Austin y Kelsen— se centran en la eficacia de las normas jurídicas, mientras que las segundas —como la de Hart o la de Raz— consideran a la eficacia, en efecto, como una condición necesaria, sin embargo, *no suficiente en sí misma*. Veámoslo:

Siguiendo a Bentham, Austin propone que ese hecho (del que depende que exista un sistema jurídico) consiste en la presencia de un soberano (alguien que es *habitualmente obedecido* por los ciudadanos —y este es el elemento de la eficacia— quien, por su parte, no tiene el hábito de obedecer a nadie más), dispuesto a sancionar de cierta manera a quienes no acatan sus mandatos. De este modo, un SJ existe siempre que en la comunidad de referencia haya una entidad (individual o colectiva) que emita órdenes (dirigidas a ciertas clases de personas, prescribiendo para ellas, determinadas *clases de conductas*) respaldadas por amenazas de

⁶ Himma, Kenneth, (2002), “Inclusive legal positivism”, en *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, pp. 126-129.

⁷ Green, Leslie, (2009), “Legal positivism”, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal—positivism/>>.

sanción, *habitualmente obedecidas* por sus destinatarios.⁸ Otra propuesta es la de Kelsen, para quien la existencia del derecho depende de la validez de su *Norma Hipotético-Fundamental* (NHF), misma que, a su vez, predica la validez jurídica de la primera Constitución (en virtud de que, al menos en un plano imaginario o hipotético, facultó al Constituyente para tales efectos). La NHF constituye así, el último eslabón de las cadenas de validez que se establecen entre las normas jurídicas. Ahora bien, para Kelsen, la validez de esta norma básica no depende de que, ajustándose a ciertos procedimientos previamente establecidos, haya sido creada por alguna persona facultada por el ordenamiento (como sucede con las normas derivadas de la NHF), sino de que sea *presupuesta* o *postulada* por quienes se encargan de aplicar el derecho (los jueces principalmente) y por la Ciencia Jurídica.⁹ Su validez no depende pues, de la ocurrencia de ningún hecho empírico (al menos en principio). Sin embargo, la condición que Kelsen fija para poder postular la existencia y validez de la norma fundamental nos remite nuevamente, como en el caso de Austin, a la eficacia de las normas jurídicas a las que dicha norma generadora confiere *unidad sistemática*. Es decir, sólo porque las normas de un sistema jurídico particular son más frecuentemente obedecidas que desobedecidas, y solamente en ese caso, es posible decir que al desempeñar sus funciones, los jueces postulan o presuponen la existencia y validez de la NHF y, por tanto, que existe ese SJ.¹⁰

Pues bien, desde la óptica de Hart, las propuestas de Austin y Kelsen resultan problemáticas por varias razones. De entre ellas, la más importante es que sus análisis oscurecen un hecho crucial del que depende la existencia de un SJ. Ese hecho consiste en la *práctica* que se da entre los oficiales del derecho (particularmente, entre los jueces), de seguir lo que Hart llamó una “regla de reconocimiento” encargada de establecer el conjunto de criterios cuya satisfacción permite determinar que una norma pertenece a un SJ —es decir, que es jurídicamente válida—, que ha sido válidamente modificada y/o que ha sido válidamente aplicada (o adjudicada). Así, para Hart, un SJ moderno existe si una regla (consuetudinaria) de reconocimiento es en efecto practicada prioritariamente por los jueces,

⁸ Himma, Kenneth, *op. cit.*, pp. 126-127.

⁹ La propuesta de Kelsen es que a los efectos de entender la naturaleza sistémica de la interacción de las normas jurídicas (es decir, para entenderlas como constituyendo un sistema), es menester concebir a los jueces *como si* estos, al resolver los casos que se les presentan, partieran del supuesto de que existe (o existió) una NHF que, como dijimos, al menos hipotéticamente, facultó a los miembros del Constituyente para que creasen la primera Constitución, la cual, como suele suceder, en su parte orgánica establece las pautas generales para la distribución y ejercicio del poder público en términos de un entramado de instituciones jurídicas con diferentes funciones.

¹⁰ Green, Leslie, *op. cit.*; Bulygin, E., (2005), “Observaciones a Kelsen”, en Kelsen, H., Bulygin, E., Walter, R., *Validez y eficacia del derecho*, p. 82.

cuyos criterios son empleados, en primera instancia, para validar *reglas primarias de obligación*¹¹ que son generalmente eficaces en la sociedad.¹²

Desde una perspectiva más abstracta y dado que la regla de reconocimiento incluye también criterios para la modificación y aplicación válida de las normas jurídicas, el hecho del que depende la existencia de un SJ —repetimos, moderno— consiste en la irrupción de un sistema o entramado de instituciones que posibilita (y facilita) la administración de normas primarias de conducta en términos de su identificación, creación, cambio, interpretación y aplicación a casos concretos. Este sistema para el manejo de normas primarias —puesto en marcha por los funcionarios u oficiales del derecho— surge como resultado de la presencia de las que Hart denominó “normas secundarias”, las cuales hacen referencia precisamente a lo que puede (o debe) hacerse con las normas primarias (por lo que se trata en realidad de “meta—reglas”, es decir, de reglas respecto de reglas). De ahí que Hart sostuviera que la clave de la explicación del concepto de derecho radica en *la unión compleja de normas (o reglas) primarias y secundarias*.¹³

Otra propuesta, también positivista, relativa al hecho del cual depende la existencia de un SJ, la ofrece Joseph Raz.¹⁴ Para este autor, ese hecho consiste no ya en la práctica de una regla de reconocimiento (que valida normas primarias generalmente eficaces), sino en la presencia de una autoridad política de facto (es decir, una autoridad que, de hecho, logra su cometido de mantener el orden en una sociedad), misma que es

¹¹ De acuerdo con Hart, las normas primarias de obligación hacen referencia directa a lo que puede o debe hacerse (o dejarse de hacer), principalmente por parte de los particulares (incluyendo a los funcionarios cuando actúan con ese carácter).

¹² Hart, H. L. A., (2012), *El concepto de derecho*, pp. 139-146; Himma, Kenneth, *op. cit.*, pp. 126-127.

¹³ Hart, H. L. A., (2012), *El concepto de derecho*, pp. 121-123. Ahora podemos entender por qué en el caso de la propuesta de Austin, el problema radica en que sólo reconoce —aunque no con esa terminología— un tipo de regla secundaria y sólo un contenido para la misma. En particular, puede decirse que Austin sólo contempla la existencia de la regla de reconocimiento, la cual establece que serán válidas jurídicamente sólo las reglas que provengan del soberano. Esto es un problema porque no se da cuenta de otras reglas secundarias igualmente importantes, como la de *cambio* y la de *adjudicación*, que junto con la de reconocimiento hacen posible que tenga lugar el surgimiento de un sistema para la administración de reglas primarias de obligación (lo cual, como se ha dicho, constituye la clave para explicar a los sistemas jurídicos modernos). Por otra parte, y como veremos después (véase la sección sobre *la validez de las normas jurídicas*), el contenido de la regla de reconocimiento no tiene por qué limitarse al criterio de validez que Austin plantea, ya que normalmente también son jurídicamente válidas normas que provienen de fuentes distintas a la entidad soberana, tales como las decisiones judiciales o la costumbre. Himma, K., *op. cit.*, p. 127.

¹⁴ Raz, Joseph, (2001), “Reasoning with Rules”, *Current Legal Problems*, Vol. 54, pp. 1-18; (2006), “The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception”, *Minnesota Law Review*, No. 90, pp. 1003-1044.; (2009a), *Between authority and interpretation: On the theory of law and practical reason*; (2009b), *The authority of law*.

mayoritariamente tratada o considerada —tanto por los jueces, como por los ciudadanos— como poseedora de *legitimidad moral*. Así, el derecho, conceptualmente hablando, es la clase de entidad (o estructura de autoridad) que afirma tener esta cualidad (nótese el vínculo con cuestiones morales que las posiciones positivistas como la analizada, entablan).

Ahora bien, para que tenga sentido la afirmación que a nivel conceptual realiza el derecho, éste debe ser un candidato apto para que valga la pena proceder a la verificación de su pretensión de legitimidad. Según Raz, lo que lo vuelve apto es precisamente que sus instituciones sean generalmente concebidas como mediadoras entre la moral y los destinatarios de las directivas jurídicas, es decir, como canalizadoras (o mensajeras) de lo que la moral manda hacer o dejar de hacer en ciertas circunstancias. Pero ¿qué significa que las autoridades sean tratadas como mediadoras en este ámbito? Significa que, en sus deliberaciones prácticas (aquellas en que se reflexiona sobre lo que debe hacerse), los ciudadanos tratan a las directivas jurídicas como lo que Raz llama “razones protegidas”, es decir, como una combinación específica de razones de primero y de segundo orden. En este sentido, la existencia de una directiva jurídica sería una razón de primer orden para actuar conforme a lo que ella prescribe, pero también constituye una razón de segundo orden que manda no actuar sobre la base de la identificación y balance de las razones que a favor o en contra de la conducta prescrita, normalmente tendría el destinatario de la directiva. Así, se dice que las directivas jurídicas tienen un *carácter excluyente* de otras razones.

La pregunta que surge aquí es ¿por qué tratar así a las directivas del derecho? Y la respuesta es porque los destinatarios obran *creyendo* que tienen mayores probabilidades de ajustarse a los requerimientos de la moral (es decir, de actuar conforme a las razones morales correctas relevantes para su situación particular) si realizan lo que la directiva establece, que las que tendrían si optaran por llevar a cabo, por cuenta propia, la identificación y ponderación de las razones relevantes.

En esto consiste tratar a una autoridad de facto como legítima, en creer que sus directivas encierran (ocultan y/o presuponen) una labor o servicio que, en nuestro beneficio y a nuestro nombre, ha sido efectuado por el emisor, al sustituirnos —por anticipado y generalmente de manera exitosa— en el análisis cauteloso de lo que debe hacerse en ciertas circunstancias. Otra pregunta relevante es la siguiente: Dada esta conexión crucial entre el derecho y la moral ¿por qué seguir caracterizando a la postura de Raz como positivista? Porque la existencia del derecho sigue dependiendo esencial y exclusivamente de un *hecho social*. ¿Cuál? Que la autoridad que ejerce el derecho *sea tratada* como moralmente legítima. Sin embargo, de que así sea tratado o concebido no se sigue que la

existencia del derecho descansa (o se funde) en su legitimidad (ni que no pueda criticársele también desde el punto de vista moral).¹⁵ Que el derecho sea legítimo o no, es un dato contingente. Lo que es necesario para que exista, repetimos, es que, de acuerdo con Raz, al derecho se le de ese tratamiento. En este sentido, podría ser el caso que ningún sistema jurídico del mundo prestara, de hecho, el servicio que Raz atribuye a las autoridades legítimas. No obstante, ello en nada afectaría la verdad de la aseveración de que existen tales sistemas (claro, siempre que sea mayoritaria la creencia en su legitimidad y que fuesen generalmente eficaces).

B. La validez de las normas jurídicas

En este rubro los positivistas defienden básicamente dos posiciones: Por un lado, los positivistas “excluyentes” sostienen que, por coherencia conceptual, no es necesario, ni posible que la validez de las normas jurídicas dependa de consideraciones morales relativas a su contenido. No es necesario ni posible pues, que la pertenencia de una norma al sistema jurídico de que se trate resulte de su compatibilidad o concordancia con ciertos principios de naturaleza moral.¹⁶ En este sentido, los positivistas excluyentes se adhieren a la Tesis del Hecho Social en cuanto a la existencia del derecho y simultáneamente a la llamada “Tesis del Pedigree” (o “*Pedigree Thesis*”), según la cual, al determinarse si una norma es jurídicamente válida sólo cabe tomar en cuenta la fuente y/o el procedimiento del que la norma emana.¹⁷ Para fundamentar su postura, autores como Raz argumentan que de no concebir la validez jurídica como lo hace un excluyente se está negando —o, en todo caso, minimizando— el servicio que necesariamente el derecho *pretende* prestar, el cual, como sabemos, consiste en servir como mediador entre los requerimientos de la moral y los destinatarios de las directivas jurídicas. Y esto es así debido a que si para determinar o establecer su contenido, el destinatario de la directiva en cuestión tiene que emprender el mismo análisis (preponderantemente moral) que supuestamente ya fue hecho por la autoridad respectiva, la labor de aquella —y su presencia— se vuelven superfluas (o redundantes).¹⁸ Otro argumento lo ofrece Marmor, para quien si la convención de reconocimiento establece que será derecho lo que sea moralmente correcto, no hay lugar para que aquella desempeñe su función inherente de *constituir* un género

¹⁵ Esto es así porque pese a que las autoridades jurídicas sean consideradas legítimas (y aunque, de hecho, lo sean), éstas no son infalibles. En otras palabras, la pretensión de autoridad legítima del derecho no equivale a una pretensión de corrección moral.

¹⁶ Marmor, Andrei, (2002), “Exclusive Legal Positivism”, en *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, pp. 104-124.

¹⁷ Himma, K., *op. cit.*, pp. 127-128.

¹⁸ Marmor, Andrei, *op. cit.*, pp. 116-123.

de actividad humana, *parcialmente autónomo*. Y es que actuar conforme a la moral es ya, sin necesidad de convención alguna, nuestra obligación (digamos que esa es la situación *por defecto*). Si el propósito es crear una práctica con su propia identidad y dinámica, e inteligible en sus propios términos, ello no se logra, ni de cerca, con una regla que diga “actúese de acuerdo con las razones morales correctas y a eso le llamaremos derecho”.¹⁹

Por otro lado, los positivistas “incluyentes” (también llamados “positivistas suaves” o “incorporacionistas”), pese a que coinciden con los excluyentes en asumir la Tesis del Hecho Social, niegan que sea necesario asumir la Tesis del Pedigree para todas las normas. Sostienen entonces que dentro de los criterios de validez establecidos por una regla de reconocimiento, *pueden* figurar —aunque no necesariamente— evaluaciones de índole moral (junto con consideraciones relativas a la fuente o procedimiento del que emanan las normas respectivas).²⁰

Para fundamentar su propuesta, autores como Wil Waluchow ofrecen una defensa instrumental o consecuencialista, según la cual, concebir la cuestión como lo hace el positivismo incluyente contribuye a reducir la brecha entre validez jurídica y costumbre. En otras palabras, la concepción incluyente abonaría al objetivo de mitigar o disminuir la cuota de abusos e inestabilidad que inevitablemente se sigue del hecho de que las reglas primarias de obligación —jurídicamente válidas— pueden no coincidir con la moral social imperante en una comunidad, es decir, de que dichas reglas —oficialmente sancionadas por la regla de reconocimiento— pueden no contar con la “aceptación” respectiva (en el sentido técnico de Hart) por parte de la población general. En tales casos estamos ante normas jurídicas que, sin embargo, no constituyen “reglas sociales” (también en el sentido técnico de esta expresión). Así por ejemplo, con base en una lectura moral de ciertos principios o derechos constitucionales (mediante la cual se pretendería poner en sintonía a la moralidad aceptada y practicada en una sociedad determinada con los contenidos de su Constitución), puede limitarse o negarse la validez jurídica de disposiciones legislativas (o de otras fuentes) inferiores que los contravengan (que es como Waluchow argumenta que suceden las cosas en sistemas del *Common Law*).²¹

¹⁹ *Ibidem*, pp. 106-108.

²⁰ Himma, Kenneth, *op. cit.*

²¹ Waluchow, Will, (2012), “Validez moral y la función de guía del derecho”, en Grant, K., et. al., (Eds.), *El legado de H. L. A. Hart: Filosofía jurídica, política y moral*, pp. 127-144.

3. Las Tesis de la “Separación” y de la “Vinculación” en la explicación filosófica de la naturaleza del Derecho

Como puede observarse en este recuento somero de posiciones positivistas, todas ellas, de uno u otro modo, reconocen que hay ligas importantes entre el derecho y la moral. No obstante, el común denominador de estas teorías es su adhesión a la conocida como “Tesis de la Separación” (o “Separation Thesis”), según la cual, al menos en lo que atañe a la existencia de un sistema jurídico y a la validez de sus normas, las conexiones con la moral *no son necesarias*. Lo que habría que agregar es que para el caso de la existencia de un sistema jurídico, la Tesis de la Separación adquiere tintes más exigentes, ya que en este punto no sólo no es necesario el vínculo con la moral, sino que *ni siquiera es posible*. Esto significa que para el positivismo, cualquier enunciado existencial que afirme que “hay algún sistema jurídico cuya existencia depende de cierto hecho social y/o de que sea legítimo y/o de que sus contenidos estén moralmente justificados” sería, conceptualmente hablando, *sistemáticamente falso*.²²

Habiendo aclarado lo anterior, centrémonos ahora en la visión opuesta a la Tesis de la Separación, a la cual, siguiendo el canon, llamaremos la “Tesis de la Vinculación”. Su contenido es algo como lo siguiente: “Para determinar la existencia del derecho, la validez de sus normas y dar cuenta de su normatividad (u obligatoriedad, sobre todo, la obligatoriedad de la regla de reconocimiento), es necesario acudir a, realizar (o tomar en cuenta) consideraciones morales”.

4. El “Imperialismo Metodológico” en torno a las Tesis de la Separación y de la Vinculación

Pues bien, suscribir alguna de estas tesis —de la Separación o de la Vinculación— podría verse como una decisión metodológica opcional, depen-

²² Cosa distinta a lo que sucede, por ejemplo, con el tema de la validez de las normas jurídicas. Recuérdese que en este punto, los positivistas incluyentes conceden que no es necesario que los criterios de validez incorporen el monitoreo o control moral del contenido de la norma candidata a pertenecer al sistema. Sin embargo, esto es posible como dato contingente, lo cual, en última instancia, depende de las prácticas efectivas de cada sociedad (y en particular, de las prácticas de reconocimiento de sus oficiales, en especial, de los jueces).

diente de los objetivos teóricos o explicativos que se persigan y del contexto (intelectual, social, económico, político, etc.) del que se parte y en el que se recibe la propuesta. Sin embargo, en términos generales, así no son las cosas, ya que tanto positivistas, como anti—positivistas suelen pensar que la forma correcta de explicar la denominada “naturaleza del derecho”²³ implica necesariamente, o bien la Tesis de la Separación (positivistas), o bien la Tesis de la Vinculación (anti—positivistas), generando con ello un ambiente que, como explica Giudice, podría describirse como la vigencia de una especie de “Imperialismo (o absolutismo) Metodológico”.²⁴

Este imperialismo está íntimamente vinculado a la forma en que se conciben los resultados de la investigación filosófica en torno a la naturaleza del derecho. En este sentido, para los positivistas (sobre todo, los de corte analítico de habla inglesa), la investigación —basada en el denominado “análisis conceptual”— debe arrojar un conjunto de *verdades necesarias* que expresan propiedades esenciales del derecho (prescindiendo así, de las *accidentales* o *contingentes*), es decir, propiedades que toda instancia (y sólo una instancia genuina) de derecho posee y que hacen al derecho *ser lo que es*.²⁵ De este modo, automáticamente queda cancelada la posibilidad de incluir consideraciones morales (relativas, por ejemplo, a la legitimidad de derecho) en el análisis, ya que ello correspondería más bien, a un proyecto también válido, pero diferente, orientado a determinar las propiedades de un derecho *deseable, excelente, virtuoso, o mejor que el que se tiene* (comúnmente aludido como una propuesta *normativa* o *prescriptiva*) y no a uno que fija los rasgos o características generales y abstractas del *derecho existente*, o del derecho *como es* (frecuentemente conocido como una propuesta *descriptiva*). Por su parte, anti-positivistas como Dworkin, sostienen que el teórico no puede permanecer en el plano descriptivo (aunque quiera), debido a que el concepto de derecho tiene un carácter esencialmente *interpretativo*. Esto significa que se trata de un concepto cuyo contenido se desarrolla adecuadamente mediante la propuesta de concepciones del mismo, las cuales, además de ser *inherentemente controvertibles*, para ser mínimamente aceptables, deben necesariamente partir de atribuir a las prácticas jurídicas un objetivo, meta o propósito *mo-*

²³ Para una excelente introducción a la discusión sobre la “naturaleza del derecho”, véase Marmor, A., (2011), “The nature of law”, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/lawphil-nature/>>.

²⁴ Giudice, M., (2014), “Assessing Dworkin’s Legal Theory along Two Dimensions: Imperialism and Importance”, presentado en el marco de la Conferencia Internacional “*The Legacy of Ronald Dworkin*”, Burlington, Canadá.

²⁵ Himma, K., (2014), “Immodesty in Dworkin’s Third Theory: Modest Conceptual Analysis, Immodest Conceptual Analysis, and The Lines Dividing Conceptual and Other Kinds of Theory of Law”, disponible en: <http://backdoorbroadcasting.net/2014/05/metaphysics—and—method/>

ralmente encomiable (o justificado) que permita presentar al derecho bajo las mejores “luces morales” posibles.²⁶

5. La fluctuante línea que divide a proyectos teóricos descriptivos y prescriptivos

Para fijar mi postura, en principio coincido con el positivismo en considerar válidos, pero diferentes, a proyectos teóricos con orientaciones descriptivas (que dan cuenta del derecho como es) y a propuestas con orientaciones prescriptivas (que esbozan la ruta hacia un mejor derecho del que tenemos). Sin embargo, creo —y así propongo concebir la cuestión— que en el caso de conceptos como el de derecho, la línea que divide a estos proyectos es más notoriamente *artificial* y, por tanto, mayormente susceptible de (o proclive a) experimentar *fluctuaciones, revisiones o replanteamientos*. Para constatar lo artificial de la demarcación tomemos nuevamente como referente a la teoría del profesor Hart:

A. Hart y su “Tesis del Contenido Mínimo de Derecho Natural”

Este autor reconoce —aunque limitadamente, como veremos después— que el derecho es una institución social que, más allá de tener una determinada estructura —recordemos, la que resulta de la unión de reglas primarias y secundarias— también realiza cierta *función*. En este sentido, de manera muy abstracta puede decirse que el derecho es un *medio para alcanzar cierto fin*, aunque no necesariamente uno sólo. La pregunta ahora es ¿cuál es el fin a cuya consecución el derecho contribuye (junto con otros sistemas normativos, como la moral) y en el cual se centra Hart? Ese fin es el de la *supervivencia en cercana proximidad con nuestros semejantes*.²⁷ Cabe destacar que, para el autor en comento, este no es un fin inmutable, propio de lo que los jusnaturalistas comúnmente llaman la “naturaleza de la especie humana”. No es pues, un principio o un destino dictado por la voluntad de alguna divinidad o al que se llega fatalmente por alguna extraña facultad intuitiva del intelecto. Para Hart, se trata de la observación simple de datos meramente *contingentes*. En efecto, la teleología apuntada —que tendemos a sobrevivir rodeados por (y conviviendo y/o lidiando con) otros—, puede considerarse una verdad universal (que abarca a toda la humanidad), no obstante, su vigencia futura no está garantizada; las cosas *podrían ser distintas*. Podría ser, por ejemplo,

²⁶ Waluchow, Will, (2007), *Positivismo jurídico incluyente*, p. 19.

²⁷ Hart, *op. cit.*, pp. 229-239.

que la evolución diera un giro intempestivo y que en algún momento nos programara genéticamente para convertirnos en una suerte de *club de suicidas*.²⁸ A la observación de esta teleología contingente se suma la que tiene que ver con el contexto —también contingente— en que se persigue el fin referido. Además de incluir el factor de la interacción con otros, dicho contexto está constituido por un conjunto de condiciones como la *igualdad aproximada* que existe entre los seres humanos (en el sentido de que ninguno es tan poderoso como para subyugar al resto, de modo que impera una suerte de *vulnerabilidad generalizada*, aunque con diferencias de grado, a los actos de nuestros congéneres), el *egoísmo y el altruismo limitados y la escasez de recursos* de todo tipo.²⁹

Pues bien, para Hart, la relevancia de estos datos cristaliza en su tesis del “Contenido Mínimo de Derecho Natural” que todo sistema jurídico debe incluir (para de ese modo estar en posición de contribuir al fin de la supervivencia en comunión con los demás). Dicho contenido tiene que ver básicamente con medidas que proscriban la realización de conductas evidentemente dañinas para otros, que prevengan conflictos y que fomenten la cooperación, tales como restringir el uso de la violencia (por ejemplo, prohibiendo el homicidio), salvaguardar cierto régimen de propiedad (no necesariamente el de la propiedad privada), asegurar el cumplimiento de promesas y contratos típicos entre los miembros de la colectividad o contar con el respaldo de la coacción (a efecto de asegurar que quienes cumplen voluntariamente con estas pautas —en principio, la mayoría— no queden a merced de los desviados). Así, las medidas referidas se conciben como una forma de (o un esquema general para) satisfacer las necesidades “naturales” que surgen en el contexto mencionado. De ahí —y sólo en ese sentido— que Hart las califique como “Derecho Natural”.³⁰

Ahora bien, la razón por la que un sistema jurídico debe incluir este contenido mínimo (siempre que las circunstancias de la condición humana no cambien) es que, de lo contrario, a los ciudadanos sólo les quedaría el *temor* a que se actualicen las sanciones con las que el derecho *amenaza* a los potenciales desviados, como factor motivador del cumplimiento de las directivas jurídicas, mismo que se vería constantemente derrotado por todo tipo de razones morales para *desobedecer*. Nótese entonces cómo para Hart, las medidas mínimas a las que aludimos, además de permitir que el derecho contribuya al fin de la supervivencia comunitaria, crean (junto con otros factores) las condiciones para que un sistema jurídico opere con normalidad o de forma estable. Sin embargo, la ausencia de estas medidas de “derecho natural” no afecta la *existencia* del derecho.

²⁸ *Ibidem*, pp. 236-238.

²⁹ *Ibidem*, pp. 240-247.

³⁰ *Ibidem*, pp. 238-247.

Y esto es así debido a que, según el autor, este contenido mínimo no es *necesario*. En otras palabras, como se dijo antes, podría ser que las circunstancias de la vida humana cambiaran: Quizá de pronto nos volvamos invulnerables a los actos predatorios de los demás; quizá repentinamente surja un equilibrio natural entre nuestro egoísmo y nuestro altruismo; o quizá suceda que los recursos que empleamos en nuestra vida cotidiana dejen de ser escasos. En un escenario así, que el derecho restrinja el uso de la violencia, que asegure el cumplimiento de ciertos contratos, que instituya y proteja cierto régimen de propiedad, que garantice un mínimo de cooperación respaldado por la coacción estatal, etc., ya no contribuiría en nada al fin de la supervivencia y por tanto, se podría prescindir de tales políticas. De hecho, como también se mencionó, podría suceder que sobrevivir en compañía de nuestros congéneres dejara de ser la finalidad a la que normalmente tiende nuestra especie, en cuyo caso, tampoco servirían más las medidas en cuestión. Con base en estos razonamientos, Hart concluye que el contenido mínimo de derecho natural no tiene un carácter definitorio en la explicación del derecho o de un sistema jurídico. En suma, esta cuestión no forma parte de estos conceptos porque no es una propiedad esencial de los fenómenos correspondientes. Pero además, si por continuar la discusión Hart concediera que su tesis del contenido mínimo fuese una propiedad esencial, es decir, una condición para la existencia de un sistema jurídico, aun así no estaría dispuesto a decir que con ello se ha logrado una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Y esto debido a que para tales efectos, Hart piensa que la protección representada por las medidas mínimas tendría que extenderse a todos los miembros de la comunidad (y no ofrecerse sólo de manera selectiva a ciertos individuos o sectores). Sólo así podría hablarse de una obligación moral de obedecer al derecho y, por ende, de una conexión necesaria entre estos dominios normativos. Pero como puede suceder que la protección referida no se conceda en los términos anteriores —y desafortunadamente, como enseña la historia, así ha sucedido— no es necesario predicar del derecho tal vínculo.³¹

Por mi parte, coincido con quienes les parece que, en su afán de ser consistente con su forma de concebir lo que significa permanecer en el plano general y descriptivo al explicar el concepto de derecho, Hart recurre a artilugios más propios de los escritores de novelas de ficción.³² Y es que ¿por qué pensar que las circunstancias de la vida humana podrían cambiar tan drásticamente en el futuro cercano? Creo que tenemos buenas razones para pensar lo contrario. No obstante, aun contemplando tal

³¹ *Ibidem*, pp. 247-248.

³² Rivaya, B., (2000), pp. 56-60. Esto sin negar que, en ocasiones, los filósofos en general parecen hacer lo mismo, por ejemplo, cuando recurren al diseño de experimentos mentales (o “*thought experiments*”) para probar algún punto.

posibilidad en el horizonte, ¿por qué no enfocarnos en el aquí y el ahora?, ¿por qué no centrarnos en las propiedades *importantes* (aunque puedan o no resultar esenciales) de *nuestro* concepto de derecho en la época actual?³³ Y en lo que respecta a la obligación moral de obedecer al derecho, ¿por qué no pensar que su intensidad pueda variar?, ¿por qué no concebirla como una *presunción derrotable* a cuyo establecimiento pueden contribuir cuestiones relativas al contenido del derecho, pero también, a la clase de procedimientos que este instaure? Me parece que la discusión anterior muestra, de parte de Hart, una actitud obstinada que consiste en la insistencia de permanecer dogmáticamente comprometidos con —o quizá ¿“atados” a?— un análisis meramente *estructural* en torno a la existencia del derecho. Un análisis que, pese a que reconoce la importancia de ser complementado con uno de corte *funcional* o *instrumental* (como el que conduce a concebir al derecho como algo que contribuye al fin de la supervivencia en un contexto grupal o social), termina centrándose exclusivamente en (o aferrándose a) la unión de reglas primarias y secundarias —y más específicamente en el sistema o entramado de instituciones a las que las últimas dan lugar— como la única base para constatar que un determinado sistema jurídico existe.

B. El debate Hart-Fuller

La obstinación de la que hablo hacia el final de la sección anterior también puede verse en el debate que Hart entablara con el profesor de Harvard, Lon Fuller (de quien fuese alumno, nada menos que Ronald Dworkin) (Fuller, L., 1969; 1958), veámoslo:

Acceptando la premisa de que lo que el derecho es, no es ajeno a las funciones que éste pretende realizar o de que un sistema jurídico se caracteriza por algo más que por poseer una determinada estructura, Fuller parte de que uno de los objetivos primordiales del derecho no es sólo producir normas, sino normas que en efecto, puedan guiar la conducta de sus destinatarios. Si esto es así, dichas normas tendrían que formularse en un lenguaje claro, carente, en lo posible, de oscuridades y ambigüedades que las tornaran incomprensibles. Tendrían también que prescribir comportamientos realizables, no ser contradictorias o inconsistentes, no

³³ Acerca de la propuesta de considerar centrarse en propiedades “*importantes*” en lo que respecta a la naturaleza del derecho, aunque resulten no ser “*esenciales*”, véase Schauer, F., (2011), “On the Nature of the Nature of Law”, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1923321 Y acerca de la posibilidad de hablar de “*nuestro*” concepto de derecho, es decir, de un derecho relativo a cierto grupo o comunidad y a cierta época, véase Raz, J., (2004), “Can There Be a Theory of Law?”, en Golding, M., y Edmundson, W., (Eds.), *The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory*, pp. 324-342.

contener lagunas excesivas, no ser aplicadas retroactivamente (salvo por ciertas excepciones, como ocurre en la materia penal cuando ello favorece al reo), ser adecuadamente difundidas o publicitadas, ser interpretadas de forma mínimamente homogénea por parte de la administración, las legislaturas y los tribunales (quienes a su vez, deben evitar la resolución *ad hoc* de los casos que se les presentan, mediante la aplicación correcta de las normas relevantes), etc. Contrario a lo que ocurre en el caso de la ausencia del contenido mínimo de derecho natural en Hart, un sistema que endémicamente fallara en producir y aplicar normas con las características y mediante los procedimientos anotados —a lo que Fuller se refiere como la “moral interna” del derecho, o como una suerte de “derecho natural procedimental”—, no merece el calificativo de “jurídico”. Se trataría más bien, de un sistema que, por satisfacer rasgos sumamente abstractos —como el de contar con un entramado institucional que grosso modo se ajusta al principio de la división de poderes— podría confundirse con un sistema jurídico, no obstante, sólo lo es en apariencia. De ahí la importancia de la propuesta de Fuller, ya que al ir más allá del análisis estructural perfilado por Hart, permite diferenciar al derecho, de sistemas que meramente simulan serlo. A esto volveremos en breve, por lo pronto procedamos a la respuesta de Hart al desafío de Fuller:

En concreto lo que Hart niega a Fuller es que podamos referirnos al derecho natural procedimental del que habla el profesor de Harvard, en términos de moralidad. En el mejor de los casos, según Hart, a esas características debería aludirse como una serie de principios que simplemente contribuyen a que el derecho sea *más eficiente*, es decir, a que, en efecto, logre, con mayores probabilidades y con economía de recursos, dirigir o guiar la conducta de sus destinatarios. Si consideramos a estos principios como constitutivos de una moralidad mínima —sustentada en la forma y procedimientos del derecho— tendríamos que hacer lo mismo con respecto a los principios de los que podría valerse quien, por inclinaciones perversas, gusta de ir por la vida envenenando a sus semejantes. El ceñirse a ciertas directrices —a ese “*know-how*” que bien puede incluir las más recomendables contra-medidas forenses para evitar dejar rastros del crimen y así dificultar su captura—, probablemente lo haría contar con los mejores procedimientos de producción y suministro de las sustancias que emplea, pero no por ello diríamos que ha seguido principios “morales” al entregarse a sus insanas actividades.³⁴ Pues lo mismo ocurre con el derecho de acuerdo con Hart. El que un sistema jurídico siga la “receta” para contar con las mejores normas posibles en cuanto a su estructura formal y a su interpretación y aplicación consistentes, no implica que el contenido

³⁴ Waldron, Jeremy, (2008b), “Positivism and legality: Hart’s equivocal response to Fuller”, en: <http://www.nyulawreview.org/issues/volume-83-number-4/positivism-and-legality-harts-equivocal-response-fuller>

de la receta sea moral, el cual parece ser más bien, moralmente “neutro”. Y esto es así debido a que, como en el caso de nuestro envenenador, el derecho (a través de sus funcionarios), también puede plantearse intenciones malignas, mezquinas, aberrantes, etc., y darse a la tarea de ejecutarlas empleando las mismas formas y procedimientos a los que Fuller se refiere. En resumen, el seguimiento de la receta en comento es compatible con *cualquier contenido* que se termine dando a las normas jurídicas. Pero lo más importante para el argumento de Hart es que es compatible con una *extensa variedad de contenidos injustos*. ¿Cómo entonces puede sostenerse que de la conformidad con las pautas de Fuller —parcialmente constitutivas del ideal del “estado de derecho”— se establezca una obligación moral de obedecer al derecho?³⁵ Si fuese así, y dada la compatibilidad mencionada —sobre todo la compatibilidad de seguir la receta con una multiplicidad de normas formalmente jurídicas pero esencialmente injustas—, estaríamos muy próximos a cierta versión del positivismo ideológico, según la cual, el derecho es derecho por su forma y procedimientos y, por tanto, debe siempre obedecerse con independencia de la (posible) inmoralidad de su sustancia (es decir, de sus contenidos).

Hay varias cosas que vale la pena poner de relieve en la respuesta de Hart: En primer lugar, al centrarse solamente en la cuestión de si es apropiado o no considerar a los principios apuntados por Fuller como requerimientos o exigencias morales, Hart implícitamente concede que un análisis *funcional* (que parte de atribuir al derecho alguna función, finalidad u objetivo) puede impactar el contenido del concepto de derecho en términos de considerar también relevante para determinar que un sistema jurídico existe, notas o cualidades adicionales a la mera presencia (o irrupción) de una urdimbre de instituciones para la administración de normas primarias.

En segundo término, considerar que los principios fullerianos son moralmente *neutros* y que, en todo caso, no son suficientes para crear una liga necesaria (o al menos, fuerte) entre el derecho y la moral porque aun cuando se siguiesen al pie de la letra, incluso la mayoría de las normas jurídicas (o buena parte de ellas) podría mandar hacer cosas moralmente reprobables, resulta, desde mi punto de vista, carente de fundamento. ¿Por qué?

De un lado, debido a que si el derecho se toma en serio el haber optado por utilizar a la emisión y aplicación de reglas generales como alternativa a otros mecanismos de control y encauzamiento del comportamiento de los individuos en una sociedad —como creo debe tomárselo toda instancia genuina—, esa sola decisión presupone ya un compromiso —aunque sea

³⁵ *Ídem.*

sólo parcial o incompleto— con la *dignidad* de sus destinatarios, razón por la cual, la existencia del derecho no es una cuestión moralmente neutra.³⁶ Para continuar con el compromiso con la dignidad diremos que sólo porque se parte del supuesto de que a quienes van dirigidas las normas jurídicas son *personas autónomas* es que tiene sentido informarles públicamente, por anticipado y con un grado aceptable de certeza (sin contradicciones, sin ambigüedades, vaguedades, ni lagunas excesivas, etc.) cómo reaccionará el sistema jurídico que los rige ante determinadas circunstancias. Se asume pues que los destinatarios son capaces de procesar el contenido de las reglas emitidas a los efectos de saber a qué atenerse y de planificar, parcialmente con base en ello, el tipo de vida que más les conviene y las acciones que pondrían en práctica dicho plan (a corto, mediano y/o largo plazo). En este sentido, si las reglas de un sistema jurídico comienzan a exhibir —de forma sistemática o endémica— carencias derivadas de la inobservancia de los principios formales propuestos por Fuller, es decir, si en algún momento dejan de ser mínimamente inteligibles, si dejan de prescribir comportamientos realizables, si se expiden en secreto, si se aplican retroactivamente, si entre ellas hay inconsistencias insalvables, y/o si pese a su claridad, consistencia, relativa estabilidad y no—retroactividad fuesen disparatadamente interpretadas —por parte de los tribunales primordialmente— al punto de no mantener vínculo alguno con el significado común o incluso técnico de los términos en que se formulan (con lo cual los casos se deciden a conveniencia y de manera *ad hoc*), no podemos decir que el sistema jurídico en cuestión existe como tal.

Me apresuro a aclarar que esto no quiere decir que ese sistema no exista como un mecanismo o patrón de conductas del que se valen ciertos grupos (y principalmente los funcionarios u oficiales del derecho) para implementar su agenda de intereses e ideologías. En efecto, ahí está, su realidad es innegable. Ahí se encuentra produciendo sus efectos, imponiendo la injusticia y siendo empleado, como se dijo, en beneficio y provecho de ciertos grupos dominantes. Sin embargo, no se trata de un sistema jurídico genuino precisamente porque traiciona los presupuestos mínimos del “gobierno mediante reglas”, porque atenta contra los cimientos del ideal del “imperio de la ley” (o del “Rule of Law”), los cuales, como vimos, se anclan en la noción de destinatarios “dignos y autónomos” (al menos en el sentido débil apuntado atrás). En las condiciones referidas, estos sistemas incurren peligrosamente en un acto masivo de simulación (en una suerte de defraudación o farsa en cascada). Y no es que la conformidad con las pautas fullerianas garantice la expulsión de cualquier contenido injusto o málevolo del sistema o el comportamiento ético de sus funcionarios. En esto tiene razón Hart: en efecto, el seguimiento de estos principios es compati-

³⁶ Waldron, Jeremy, (2011), “How law protects dignity”, en: http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=82885

ble incluso con una extensa variedad de contenidos normativos inmorales. Esto nos conduce a la segunda crítica, la cual consiste en que, conceder dicha compatibilidad no implica que no se pueda hablar de una obligación moral derrotable o *prima facie* de obedecer al derecho. En otras palabras, no creo que, como piensa Hart, sea requisito hablar de —y fundamentar— una obligación de obediencia definitiva, concluyente o incuestionable para que se pueda sostener inteligiblemente que entre el derecho y la moral —y particularmente, en lo concerniente a determinar la existencia de un sistema jurídico— se genera una conexión importante (quizá necesaria). Me parece que la conexión en comento permanece incólume pese a que se sustente sólo en una obligación preliminar, retractable o revisable, a cuya conformación contribuye precisamente la observancia o cumplimiento de los principios de derecho natural procedimental de Fuller, en virtud de que ello, en términos generales, crea (o colabora en la creación de) una tendencia hacia un “buen contenido” (derivado de la “buena forma”).

C) Hart y su distinción entre “derecho rudimentario o primitivo” y “derecho moderno”

En cierta parte del Capítulo V de su obra “El Concepto de Derecho”, Hart se da a la tarea de distinguir entre reglas sociales que imponen deberes y reglas sociales que imponen *obligaciones*.³⁷ Entre las primeras se encuentran, por ejemplo, las reglas de etiqueta y las reglas del habla correcta. Estos ejemplos comparten con las reglas que imponen obligaciones el que no son meros hábitos convergentes o regularidades de conducta; el que se les enseña y se hacen esfuerzos para preservarlas; el que son usadas para criticar nuestra conducta y la conducta ajena mediante el empleo de lenguaje normativo como “debes quitarte el sombrero al entrar a la iglesia” o “es incorrecto que digas ‘fuistes’”; o el que son reputadas importantes (en mayor o menor medida) porque se les percibe como factores que contribuyen a la preservación de la vida social o de algún aspecto de ella al que se atribuye algún valor. No obstante, las reglas que imponen obligaciones poseen características adicionales, las cuales tienen que ver, de un lado, con la exigencia *general e insistente* en favor de la conformidad con lo que ellas disponen, y de otro, con la presión social *seria o grave* que se ejerce sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo. Ahora bien, cuando la presión social asume la forma de una reacción crítica y hostil generalmente difundida que no llega a las sanciones físicas, sino que se limita a manifestaciones verbales de desaprobación o a invocaciones al respeto de los individuos hacia la regla violada, se trata normalmente de

³⁷ Hart, *op. cit.*, pp. 107-110.

reglas de *moralidad social* que imponen obligaciones, las cuales dependen para su eficacia de sentimientos como la vergüenza, el remordimiento o la culpa. Por su parte, cuando entre las formas de presión, las sanciones físicas ocupan un lugar prominente o son usuales, aunque no estén definidas con precisión y no sean administradas por funcionarios (es decir, aunque no haya un sistema centralizado y organizado de castigos frente a la transgresión de las reglas en cuestión), sino que la aplicación de tales sanciones queda liberada a la comunidad en general, nos encontramos ante una “forma rudimentaria o primitiva de derecho”.³⁸

En la exposición precedente vemos cómo Hart sienta las bases para identificar el fenómeno al que se refiere como un “derecho rudimentario o primitivo”. Si preguntáramos por qué es considerado así y no como “derecho moderno”, creo que no habría mayor problema en decir que Hart respondería algo como “porque no reúne las características *mínimas* que toda instancia de derecho —o de un sistema jurídico— *contemporáneo, debe satisfacer* —o a las que debe *asemejarse*— para pertenecer a la clase de referencia”. La expresión “debe” que hallamos en la respuesta anterior podría ser interpretada como la incorporación de un elemento “prescriptivo” en la teoría de Hart y, por tanto, como la inobservancia de su compromiso de permanecer exclusivamente en el plano “descriptivo”. Pero si esto es así, no sólo Hart, sino cualquiera que intenta definir un término o proporcionar una teoría explicativa respecto de algún fenómeno, incorpora en su proyecto esta prescripción mínima, en la medida en que parte de los objetivos de una definición o de una teoría explicativa consiste en diferenciar a la clase de fenómenos o entidades de los que trata, de otras clases. Lo que quiero sugerir aquí es que, en realidad, Hart está yendo más allá de la inocente y natural incorporación de este componente prescriptivo mínimo al elaborar su teoría. En este sentido, al presentar la irrupción de sus *reglas secundarias* como un acontecimiento que permite *subsanan o mitigar las deficiencias* de ese derecho rudimentario o primitivo al que se ha aludido —deficiencias o problemas tales como la incertidumbre normativa, la escasa capacidad de adaptación a circunstancias novedosas y la presión social difusa—,³⁹ el autor en comento, en lugar de seguir un esquema del tipo “X debe reunir —o asemejarse lo suficiente a alguna(s) de— las características a, b, c, ... n, para ser (o *pertenecer a la clase*) Y”, lo cual todavía sería compatible con sus pretensiones descriptivas, me parece que *implícitamente* sigue uno del tipo “X debe reunir —o asemejarse lo suficiente a alguna(s) de— las características a, b, c, ... n, para ser un mejor (o *pertenecer a una clase mejorada* de) Y” (un mejor derecho del que algunas sociedades, quizá la mayoría, tuvieron en algún momento histórico determinado, del que algunas comunidades pueden se-

³⁸ *Ibidem*, p. 108.

³⁹ *Ibidem*, pp. 113, 123. Véase la sección 7.

guir teniendo, o de cierto derecho posible conceptualmente). El segundo esquema podría también reformularse en los siguientes términos: “X debe reunir —o asemejarse lo suficiente a alguna(s) de— las características a, b, c,... n, *porque* al hacerlo, se vuelve un mejor (o pertenece a una *clase mejorada* de) Y”; o bien, “porque el hacerlo permite diferenciarlo no sólo de lo que no es derecho, sino también, de clases de derecho *inferior* o *menos desarrollado*”. Si esta sugerencia es plausible, vemos cómo la teoría de Hart no es tan moralmente neutra (o descriptiva) como aparenta ser (ni como el propio Hart afirma que es).

Ahora bien, como sabemos, lo que para Hart constituye la versión mejorada de derecho al que se refieren los esquemas previos es el que emerge de la unión de reglas primarias y secundarias. Pero el derecho resultante de la unión mencionada tiene también cierto trasfondo histórico. Este es el conformado por la organización política e instituciones propias del *Estado Moderno*. Así, no es una casualidad que las reglas secundarias hartianas reflejen, e incluso repliquen al nivel teórico, dichas instituciones, o al menos las más representativas (entre ellas, un sistema complejo de cortes o tribunales y órganos legislativos con algún tinte democrático).

En este sentido, y siguiendo la interpretación *política* que del positivismo jurídico realiza Scarpelli (a lo que volveremos más adelante),⁴⁰ la teoría de Hart, lo reconozca o no, contribuye al desarrollo, consolidación, preservación y defensa de dicho régimen. Esto no tiene por qué verse como algo inadecuado. Al contrario, permite, por una parte, ver cómo la línea que separa a proyectos descriptivos y prescriptivos relativos a la explicación de la naturaleza del derecho es, como hemos insistido, más evidentemente artificial o *ilusoria*; y por otra, nos permite vislumbrar la posibilidad de continuar la pauta consistente en contribuir a la consolidación y defensa de una organización política particular, pero ya no necesariamente la del Estado Moderno (que fue el marco en el que autores como Kelsen y Hart reflexionaron), sino la correspondiente a su siguiente fase evolutiva, es decir, al Estado de Derecho (e incluso, al Estado Constitucional de Derecho).

6. La versión débil de la Tesis de la Separación como alternativa al Imperialismo Metodológico

Pienso que la discusión en torno a la tesis del contenido mínimo de derecho natural de Hart, en torno a su debate con Fuller, y en torno a su distinción entre un derecho rudimentario o primitivo y otro moderno, nos proporcionan mayores elementos para reiterar lo que sostuve en la sección previa, a

⁴⁰ Véase la sección 7.

saber: Que la línea de demarcación entre proyectos conceptuales descriptivos y prescriptivos —en el caso del concepto de derecho y de conceptos afines— es más notoriamente artificial o ilusoria y, por tanto, mayormente susceptible de ser revisada o replanteada. En otras palabras, al menos en lo que concierne a determinar que un sistema jurídico existe, no es el caso que, como se desprende del Imperialismo Metodológico actual y preponderantemente vigente en la filosofía del derecho, se tenga que suscribir, o bien la Tesis de la Separación, o bien, la Tesis de la Vinculación.

Una postura intermedia me parece más adecuada, una cuya plausibilidad, aunque no se acepta como la visión predominante, es al menos objeto de examen en el debate en torno a las condiciones o criterios de pertenencia de las normas a un sistema jurídico.⁴¹ Pues bien, creo que dicha postura intermedia puede obtenerse —como lo hacen los positivistas incluyentes, aunque ellos con respecto al tema de la validez— de la adhesión a la *versión débil* de la Tesis de la Separación. En este sentido, la determinación de la existencia de un sistema jurídico, en efecto, no depende necesariamente de recurrir a consideraciones morales (relativas, por ejemplo, a la legitimidad procedimental y/o sustantiva del derecho), pero es *posible* que, en algún momento, esto suceda, lo cual, a su vez dependería de las prácticas concretas de *ciertos sectores relevantes* de la sociedad o región en cuestión. La pregunta ahora es ¿cuál es el sector de cuyas prácticas e influencia depende esta posibilidad?

Siguiendo el famoso canon de considerar el “punto de vista interno” de los participantes y particularmente, el de los oficiales del derecho, una respuesta al cuestionamiento previo sería que la práctica y puntos de vista importantes corresponden precisamente a los de dichos oficiales (en especial, a las prácticas y puntos de vista de los jueces). Sin embargo, esta respuesta resulta implausible, al menos en las primeras etapas de desarrollo de esta concepción. Y ello es así debido a que si, como al profesor Fuller, nos preocupa diferenciar entre sistemas jurídicos genuinos y aquellos que sólo simulan serlo, exhibiendo para tales efectos, la estructura básica de la que habla Hart —una unión compleja de reglas primarias y secundarias—, pero alejándose en mayor o menor medida de la satisfacción mínima de los requisitos o principios del ideal del Estado de Derecho, las prácticas y punto de vista de los funcionarios respectivos son, de suyo, *poco confiables*, de tal suerte que centrarnos en tales aspectos no es aconsejable. Me explico: Si asumimos que la mutación hacia un sistema simulatorio de derecho descansa sobre la base de que ello contribuye a la realización y promoción de los intereses e ideología de ciertos grupos dominantes —incluyendo al de los propios funcionarios u oficiales— y de que consciente o inconscientemente ha sido orquestada principalmente por estos últimos

⁴¹ Véase la sección 2. B.

(lo cual, repitiendo, no excluye la posibilidad de que otros grupos sociales participen en —o aporten a— dicha mutación, tales como los denominados “poderes fácticos”), es poco probable (y poco realista) que sus miembros conciban su propia actuación como teniendo lugar en el contexto de un sistema jurídico *inexistente*. Al contrario, es razonable esperar que hayan *racionalizado* sus conductas, percibiéndolas justamente como ocurriendo dentro del marco de la *legalidad*; de una legalidad formal resultante sólo de obrar al amparo y cobijo de un entramado institucional en funciones, es decir, *eficaz* (piénsese, por ejemplo, en el caso del régimen implementado en la Alemania Nazi, el cual, por cierto, constituyó el eje del debate Hart-Fuller).

El grupo en el que me parece es más razonable pensar que se gestó esta visión acerca de la existencia de un sistema jurídico corresponde al de cierto tipo de ciudadanos especialmente conscientes e informados de su entorno, sensibles a las distorsiones de la vida pública (no exclusivamente nacional, sino también, de otras latitudes). Me refiero a la clase de ciudadanos a la que hace alusión Paul Barry Clarke.⁴² En breve, se trata de personas que son conscientes de que sus acciones, además de contribuir al establecimiento del rumbo por el que transita su propia vida, inciden en la conformación de las condiciones generales de la misma para todos. En este sentido, obran movidos por un interés en la suerte de los otros, e incluso, del mundo. Como lo pone el autor en comentario, para estas personas “... ser (un) ciudadano *pleno* significa participar tanto en la dirección de la propia vida, como en la definición de algunos de sus parámetros generales; significa tener consciencia de que se actúa en y para un mundo compartido con otros y de que nuestras respectivas identidades individuales se relacionan y se crean mutuamente. Ser un ciudadano pleno significa empeñarse en realizar el compromiso con el mundo, un compromiso re—encantado con el mundo”.⁴³ En los términos de Vitale, se trata de ciudadanos que ejercen su derecho a la “resistencia constitucional” por vía de la exigencia de que se respete el principio —constitucional— de la dignidad de las personas, el cual —en un sistema simulatorio de derecho— estaría siendo transgredido —aunque no exclusivamente—, por la emisión de “reglas” que no exhiben las cualidades mínimas para serlo, es decir, de reglas que no satisfacen mínimamente los principios fullerianos.⁴⁴

⁴² Clarke, Paul, (2010), *Ser ciudadano. Conciencia y praxis*.

⁴³ *Ibidem*, p. 12.

⁴⁴ Vitale, Ermanno, *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*.

7. Anatomía de una ruta metodológica general para el desarrollo de concepciones compatibles con la versión débil de la Tesis de la Separación acerca de la existencia del Derecho

En las secciones previas he defendido la plausibilidad de asumir una versión débil de la Tesis de la Separación en lo que respecta a determinar que un sistema jurídico existe. Bajo esta óptica, es posible (aunque ciertamente, no necesario) que dada una serie de condiciones, en alguna sociedad o región, se recurra —aunque no exclusivamente— a consideraciones morales para constatar la existencia (o inexistencia) de su sistema jurídico. Creo que, sin mayor problema, lo anterior puede ocurrir (o estar ocurriendo) como un hecho social, sin que para ello importe que en el ámbito teórico, por el predominio de modas metodológicas, se proscriba. Y es que las reflexiones filosófico—jurídicas —como cualesquiera otras— y las proposiciones resultantes de aquellas, no poseen efectos performativos. El que alguna persona, desde su torre de marfil, diga o piense algo como “sea que la existencia de un sistema jurídico no se determine recurriendo a consideraciones morales”, no opera cambios en el mundo real. Sin embargo, aun en el terreno teórico o académico esta posibilidad puede defenderse. En este trabajo he intentado hacerlo destacando lo artificial de la frontera que divide a proyectos conceptuales descriptivos y prescriptivos y, en consecuencia, la posibilidad válida de replantear o revisar dicha frontera (si ello conviene y es congruente con nuestros intereses teóricos y con el contexto de circunstancias en que la teoría pretende discutirse). Mi propósito en este apartado justamente es bosquejar una de las rutas hacia el replanteamiento o refundación de la frontera referida. Es decir, trazar uno de los caminos por los que puede incursionar el diseño de una concepción acerca de la existencia del derecho que recurra a consideraciones morales. Veámoslo:

En términos generales —y de forma muy sintética— propongo combinar *abiertamente* elementos *funcionales* y *estructurales* en nuestro análisis de este aspecto del concepto de derecho. El punto de partida sería atribuir al derecho —de forma explícita— alguna función, meta, objetivo o finalidad. Lo anterior nos permitiría entonces, poner de relieve las características estructurales y/o de contenido que, a la manera de *medios*, contribuyen al fin o función en cuestión. Contrario al compromiso metodológico que Hart asumió, consistente en no pretender que las estructuras —y contenidos— identificados en el análisis estén justificados desde el punto de vista de la moralidad política, la propuesta delineada presupone que lo están, al menos parcialmente, debido a la *conexión instrumental* entre

aquellos y los fines concretamente considerados, los cuales, por su parte, también irían cargados de —o presupondrían— una *evaluación positiva* de parte del teórico en términos de poseer —o de instanciar— algún valor para la comunidad.⁴⁵ En otras palabras, se partiría de que las estructuras y contenidos respectivos, junto con las funciones u objetivos con los que aquellos se asocian, contribuyen en mayor o menor medida a la legitimidad del derecho, tanto a su legitimidad *procedimental, estructural o formal*, como a su legitimidad *sustantiva*. En efecto, dependiendo de la función en cuestión, pueden volverse más relevantes ciertos aspectos estructurales, ciertos aspectos de contenido, o bien una equilibrada combinación de ambos. Estas posibilidades tienen el efecto de acentuar la legitimidad procedimental, estructural o formal del derecho, su legitimidad sustantiva, o bien, su legitimidad mixta (procedimental y sustantiva).

Ahora bien, la cuestión de la contribución que las estructuras y/o contenidos realizan a la legitimidad del sistema jurídico nos conduce a aclarar otro punto en el que nuestra propuesta se distancia de la de Hart, que es el siguiente: Como recordaremos, para este autor, si hemos de conceder que entre el derecho y la moral existe una conexión fuerte en lo relativo a determinar la existencia del primero, las estructuras y contenidos propuestos en el análisis deberían ser capaces de cancelar toda posibilidad de injusticia, opresión, etc., de parte del sistema jurídico y de sus oficiales, ya que sólo así podría hablarse de una obligación moral de obedecer al derecho. En otras palabras, la contribución que las estructuras y/o contenidos específicos realizan a la legitimidad del derecho, tendría que ser de algún modo, *completa o total*. Así, precisamente porque no son capaces de fundar esta obligación definitiva o concluyente de obedecer al derecho —ya que no eliminan del panorama el riesgo de que ocurran múltiples injusticias aun siendo implementados u observados— es que Hart niega que su propia exigencia del contenido mínimo de derecho natural, así como los principios fullerianos, puedan incidir en el análisis de las condiciones de existencia de un sistema jurídico. Por mi parte, me parece que la visión anterior es infructuosa, ya que sostengo que perfectamente puede hablarse, como lo he hecho con anterioridad, de una obligación *prima facie, preliminar o derrotable* de obedecer al derecho. Si esto es plausible, la contribución de las estructuras y/o contenidos del análisis a la legitimidad del sistema jurídico no tiene que ser completa, sino sólo *parcial*.

Para continuar con el desarrollo de este esquema metodológico general, recordemos que líneas atrás he dicho que, de acuerdo con la fun-

⁴⁵ Nótese el *punto de vista interno* que este esquema metodológico exige del teórico, según el cual, aquel teoriza asumiéndose miembro de la comunidad de referencia, o, al menos, haciendo de cuenta que lo es. A esto volveremos posteriormente cuando introduzcamos en la discusión la lectura o interpretación política que Scarpelli propone hacer del positivismo jurídico en general.

ción que el teórico decide destacar como central, su propuesta pondrá el acento en cuestiones estructurales, en cuestiones sustantivas, o en una fusión de ambas. Las siguientes son algunas muestras de esta relación entre función, estructura y contenido:

Tomemos como primer ejemplo, el de Dworkin. El autor en comento se centra en la función crucial del derecho consistente en *restringir o limitar la coerción estatal al empleo autorizado o legítimo de ésta*. En otras palabras, para Dworkin, el derecho genuino es aquel que está en condiciones de justificar —y que, de hecho, justifica— el uso del monopolio de la violencia del que dispone el Estado. Y para que sea genuino (es decir, para que en efecto, justifique el empleo de la coerción), su contenido —expresado primordialmente en las decisiones judiciales— debe corresponder con los resultados o productos discursivos de una actividad interpretativa propia de la visión del “derecho como integridad” (o “Law as Integrity”). En el marco de este tipo de interpretación, el juez debe realizar la mejor lectura posible de un conjunto de “hechos políticos” relevantes para el caso en cuestión (hechos tales como las decisiones judiciales pasadas y/o las leyes emanadas de los órganos legislativos, incluyendo las discusiones de sus miembros, sus actitudes, intenciones, objetivos, etc.), a la luz de la función del derecho señalada previamente e informado por los principios de “justicia” y “equidad”. Ello a efecto de que la decisión final sea *coherente* con —o *fluya* de— la “historia institucional” pertinente, vista bajo sus mejores luces morales. En suma, para nuestro autor, los usos legítimos de la coerción estatal —que se concretan en, y acompañan a, las sentencias judiciales— son tales siempre que implementen, honren, promuevan y/o defiendan el esquema de derechos y obligaciones que se desprende de la “mejor interpretación” (en los términos anotados) de la práctica jurídica. Y precisamente en esos derechos, obligaciones y mejores interpretaciones es en lo que realmente consiste el derecho (o un sistema jurídico).⁴⁶ Nótese cómo en la visión de Dworkin, determinar que un sistema jurídico existe tiene que ver más con el *contenido* de las decisiones judiciales que con ciertas características estructurales del sistema de control social candidato a ser —o a contar como una instancia de— derecho. Y ello es así debido a la preponderancia que en su análisis tiene la función de la que se parte, la cual, como sabemos, consiste en legitimar el uso de la coerción estatal.⁴⁷ Así, las cuestiones estructurales pasan a un segundo plano, al grado de

⁴⁶ Priel, Dan, (2014), “Making sense of Dworkin”, presentado en el marco de la Conferencia Internacional “*The Legacy of Ronald Dworkin*”, Burlington, Canadá.

⁴⁷ Priel, Dan, (2011), “The place of legitimacy in legal theory”, en: http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=787900

sostener que aspectos tan cruciales para Hart —como la práctica de una regla de reconocimiento— ni siquiera existen.⁴⁸

Para nuestro siguiente ejemplo, volvamos a la teoría de Hart. Contrario a lo que podría esperarse por la discusión sostenida anteriormente, no me centraré en su tesis del “contenido mínimo de derecho natural”,⁴⁹ sino justamente en la unión compleja de normas primarias y secundarias constitutiva de la estructura, *supuestamente neutral* (en el sentido de no estar ligada a alguna evaluación moral positiva), que el autor tanto nos urge a considerar como la clave de la explicación del concepto de derecho. Siguiendo a Tom Campbell, dicha estructura fundamental, de hecho podría (y debería) estar asociada a una función, finalidad, objetivo o meta del derecho (positivamente evaluada desde la perspectiva de la moralidad política). Esta función no es otra que la que el propio Hart, al recurrir a una suerte de “estudio antropológico intuitivo”, parece reconocer, a saber, la de resolver un conjunto de problemas o defectos propios de una sociedad “pre-jurídica”, misma que es concebida como un régimen exclusivamente consuetudinario.⁵⁰ En este sentido, la irrupción de un sistema jurídico moderno se presenta como un ejemplo de progreso, como una fase (incluso “natural”) de la evolución de la humanidad hacia formas de organización y cooperación “más civilizadas”. Ahora bien, los problemas a los que el surgimiento de una maquinaria para la administración de normas primarias de obligación contribuye a resolver son tres: El de la incertidumbre que, en el sistema basado sólo en la costumbre, impera en torno a la interrogante de qué reglas observar, el cual se resuelve, al menos parcialmente, con la

⁴⁸ Esta afirmación de Dworkin puede ser exagerada, ya que para que los jueces se perciban como tales y, por tanto, para que pueda tener lugar la actividad interpretativa acorde con la tesis del “derecho como integridad”, de alguno u otro modo, ellos tienen que seguir los criterios —establecidos en algo muy semejante a una regla de reconocimiento— para determinar que son válidas, al menos las normas que a ellos y a otros funcionarios (del ejecutivo y del legislativo) les confieren sus respectivas facultades. De hecho, esto parece ser necesario si los intérpretes han de contar con los correspondientes “objetos” a interpretar, a saber, con esos hechos políticos o esa historia institucional de la que Dworkin habla. Resulta entonces plausible decir que Dworkin presupone (o tendría que suponer) la existencia de la práctica oficial de emplear ciertos criterios para reconocer como válidas, al menos, las normas “secundarias” (según la terminología de Hart), debido a que esto hace posible que emerja el entramado institucional en operaciones, constitutivo de la materia prima con la que trabajan los intérpretes judiciales. Sin embargo, nótese cómo derivado de la elección acerca de en qué función concentrarse, dicho presupuesto se oscurece por no ser prioritario en la explicación.

⁴⁹ Véase el apartado 5, A de este trabajo.

⁵⁰ Campbell, Tom, (2011), “Rewriting Hart’s postscript. Thoughts on the development of legal positivism”, *Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Número. 5, pp. 23-44. Cabe mencionar que Hart se resiste a referirse a dicho sistema como uno de carácter consuetudinario o basado exclusivamente en la costumbre. Sin embargo, esto lo hace simplemente para evitar evocar la idea de que se trata de pautas muy antiguas y/o de que la presión social que las respalda es relativamente menor de la que se valen otras reglas sociales para lograr que las conductas concretas se conformen a sus requerimientos. Por ello, Hart se refiere a dicho sistema como una estructura social de reglas primarias de obligación aceptadas por la mayoría de la sociedad. Hart, *op. cit.*, pp. 113-114.

inclusión en el panorama de la “regla de reconocimiento”; el segundo es el problema de la escasa capacidad del sistema consuetudinario para adaptarse a los cambios en las circunstancias sociales, el cual se resuelve, también al menos en parte, en virtud de la introducción de la llamada “regla de cambio” (de donde surgen instituciones con funciones legislativas); y el último problema es el de la presión social difusa y posiblemente permanente que en el sistema de referencia se ejerce en contra de quienes son considerados “transgresores” de la reglas primarias de conducta, a cuya solución (o mitigación) contribuye la incorporación de la denominada “regla de adjudicación” (constitutiva del sistema de tribunales de un poder judicial).⁵¹

En este punto, vale la pena hacer una breve digresión: He dicho que no me centraría en la tesis del “contenido mínimo de derecho natural” de Hart. Sin embargo, pido al lector que también tome en cuenta esta tesis y su vínculo con el fin de la supervivencia en cercana proximidad con nuestros congéneres, con el propósito de que se percate de que la teoría de Hart, por las funciones que explícita e implícitamente atribuye al derecho, constituye un ejemplo de modelo teórico que pone de relieve cuestiones *estructurales* —la unión de reglas primarias y secundarias— y de *contenido* —justamente el que corresponde a las medidas mínimas de derecho natural— en su explicación del concepto de derecho, con la salvedad de que, como hemos visto, Hart niega a su tesis del contenido mínimo el estatus de condición de existencia de un sistema jurídico (lo cual, como también hemos dicho, no me parece bien fundamentado).⁵²

Volvamos ahora al aspecto estructural consistente en la unión de reglas primarias y secundarias y de su vínculo instrumental con el objetivo o función de resolver los problemas o defectos anotados. Pues bien, en este modo de presentar el surgimiento de un sistema jurídico contemporáneo, Hart se encuentra *implícitamente* defendiendo al derecho en el *terreno político* como una mejor forma de organización que la representada por regímenes consuetudinarios, considerados pre-jurídicos, rudimentarios, e incluso primitivos.⁵³ En este sentido, el derecho constituye un sistema cuyo funcionamiento abona, de manera importante, tanto a la *justicia formal* —en virtud del tratamiento homogéneo de casos semejantes que resulta de la aplicación judicial, sin distinciones, de reglas generales a casos particulares (salvo por la distinciones que el legislador toma en cuenta al confeccionar las clases de personas y de conductas que termina prescribiendo)—, como a la *eficiencia administrativa* de reglas primarias

⁵¹ Hart, *op. cit.*, pp. 113-123.

⁵² Véase nuevamente el apartado 5, A.

⁵³ Véase la sección 5, C.

de obligación.⁵⁴ De hecho, en opinión de Campbell, Hart debió continuar abiertamente con esta línea de defensa en su respuesta póstuma a Dworkin. Específicamente en lo que se refiere a los criterios de validez que puede incluir una regla de reconocimiento, Campbell sostiene que Hart debió argumentar a favor de una posición positivista “excluyente” sobre la base de que, de lo contrario, es decir, si se adopta una postura “incluyente” que permite la incorporación de tests morales en el catálogo de los mencionados criterios, la regla de reconocimiento queda desprovista de la lógica subyacente a su irrupción, a saber, resolver el problema de la “incertidumbre normativa”, lo cual acarrea también el debilitamiento del papel de dicha regla en la resolución de disputas y en la coordinación de la conducta, así como la disminución de la autoridad democrática de la legislación.⁵⁵ Como sabemos, Hart no recurrió a la defensa de su positivismo en los términos sugeridos por Campbell —en decir, no desarrolló un argumento en apoyo de su concepción inicial basado en los incipientes, pero sin duda, presentes, elementos de utilitarismo liberal que pueden hallarse dispersos en su “Concepto de Derecho”—, sino que a los efectos de asimilar la crítica dworkiniana de que su visión era incapaz de reconocer el papel fundamental que los principios desempeñan en el razonamiento jurídico (y judicial en particular), sentó las bases del “positivismo suave o incluyente”.⁵⁶ Como sabemos también, una de las principales razones por las que Hart no siguió este camino es que al no hacerlo, pensaba ser consistente con su compromiso de no pretender que la estructura fundamental identificada en su análisis —la unión de reglas primarias y secundarias— estuviera justificada. En otras palabras, el no hacerlo resultaba congruente con su objetivo explícito de permanecer en el plano *general* y *descriptivo* en lo que concierne a la explicación del contenido del concepto de derecho. Pero independientemente de que Hart no haya procedido de la forma recomendada por Campbell —y de que se haya aferrado a una postura supuestamente neutral—, coincido con el profesor Scarpelli en el sentido de que al positivismo jurídico en general, puede dársele una “lectura o interpretación política” con relativa independencia de lo que a nivel metodológico declaren los distintos autores que cultivan esta corriente.⁵⁷ Por su importancia, a continuación detallaré este aspecto:

De acuerdo con la interpretación política que propone Scarpelli, (y esto es compatible con el *positivismo prescriptivo* de Campbell), lo que permitiría atribuir una *tendencia unitaria* a las diversas actitudes, posiciones teóricas y prácticas que se gestan al amparo del positivismo jurídico es que contribuyen a la formación, desarrollo, consolidación, realización y

⁵⁴ Campbell, Tom, *op. cit.*, p. 144.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 44-51.

⁵⁶ Véase el apartado 2, B.

⁵⁷ Scarpelli, Uberto, (2001), *¿Qué es el positivismo jurídico?*, pp. 113-171.

defensa de la forma de organización política propia del *Estado Moderno*,⁵⁸ cuyas características salientes —que a la vez pretenden legitimarlo— son, entre otras, la centralización del poder, la soberanía al ejercerlo, así como el hecho de expresar sus requerimientos mediante el derecho; de un derecho cuyo paradigma es la *ley emanada del órgano legislativo*.⁵⁹ Así, como afirma Scarpelli, el teórico positivista reflexiona sobre una sola clase de derecho concebible en este contexto, a saber, el “derecho del Estado Moderno”, y al hacerlo, coopera con la voluntad política expresada, tanto en el contenido de las normas jurídicas, como en la configuración particular del entramado de instituciones que las producen, al tiempo que asume la responsabilidad derivada de realizar dicho papel.⁶⁰ Esto significa que, pese a que autores como el propio Hart declaren asumir un *punto de vista externo* —aunque, en efecto, uno mejor posicionado del que dispondría un observador que sólo aspira a registrar regularidades de comportamiento, ya que toma en consideración para la descripción de la práctica las *actitudes* de los participantes hacia sus conductas y hacia las reglas que las orientan—, desde esta interpretación política se les concibe como adoptando un *punto de vista interno* que les permite afirmar la existencia de obligaciones y permisos sobre la base de normas jurídicas válidas, establecidas por la voluntad de seres humanos (es decir, “positivas”), calificar los comportamientos según su relación con dichas normas, y, en última instancia, presuponer una actitud de adhesión o aceptación hacia el sistema jurídico y hacia sus criterios reguladores de la pertenencia de normas a dicho sistema.⁶¹ Pues bien, lo que propongo es que en la ruta hacia el desarrollo de una concepción sobre la existencia del derecho que incluya consideraciones morales (y, por tanto, compatible con la versión débil de la Tesis de la Separación), se preserve, a la manera de trasfondo, la relación —identificada por Scarpelli— que existe entre la articulación de dicha concepción y la función de contribuir a la consolidación de alguna forma de organización política. Sin embargo, no ya a la que es propia del Estado Moderno, sino a la que es propia de su siguiente fase evolutiva, es decir, la organización política que correspondería a un “Estado de Derecho” (e incluso a un “Estado Constitucional de Derecho”). Si esta concepción es “positivista” o no es un asunto de rótulos o etiquetas del cual podemos prescindir, o al menos, dejar en pausa.

Ahora bien, lo anterior crea el marco propicio para hacer referencia a nuestro tercer ejemplo, a saber, el caso de la propuesta del profesor Fuller.⁶² Como sabemos, su posición parte de atribuir al derecho la función

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 113-116.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 165-166.

⁶⁰ *Ídem*.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 119-125.

⁶² Véase el apartado 5, B.

(objetivo o finalidad) de implementar un sistema de producción y aplicación de reglas genuinas, las cuales, para serlo (es decir, para en efecto constituir reglas capaces de guiar o dirigir el comportamiento de los individuos), necesitan revestirse de ciertas cualidades *formales* (en el sentido de no tener que ver directamente con su contenido). A dichas cualidades o principios Fuller los denomina “la moral interna del derecho”, la cual ha sido también aludida como un “derecho natural procedimental”. Como también sabemos, cuando un sistema, en principio, jurídico, falla endémicamente en ajustarse a dichos principios, aquel se convierte en un mecanismo de control social que sólo *simula* ser derecho. Se trata entonces de un sistema que emulando el ropaje típicamente jurídico, ya que cuenta con un engranaje institucional que grosso modo se ajusta al principio de división de poderes (o sea que cuenta con dependencias gubernamentales administrativas, órganos legislativos y cortes o tribunales), se aprovecha de dichas semejanzas para implementar subrepticamente y de forma paralela y progresiva, una estrategia de control social que *muy poco o nada* tiene que ver con el recurso a reglas generales para orientar la conducta de los ciudadanos. Esa moral interna o derecho natural procedimental que sistemáticamente es socavado en esta clase de regímenes constituye precisamente el contenido (o al menos parte del contenido) del ideal del “Estado de Derecho”. De ahí entonces la liga entre la propuesta fulleriana y la función genérica de nuestra concepción consistente en contribuir a la consolidación de esta clase de organización política (o de forma de Estado).

Para culminar este apartado, me referiré a la propuesta de Waldron, la cual, en términos generales, continua la pauta marcada por Fuller.⁶³ Pues bien, según Waldron, una de las funciones primordiales del derecho, además de la identificada por Fuller (o quizá reformulándola o refinándola), consiste en *limitar el poder público*. En este punto, la propuesta podría parecerse mucho a la de Dworkin, quien considera que la función prioritaria del derecho es *limitar la coerción estatal*, constriñéndola a su empleo legítimo. Sin embargo, en contraste con Dworkin —quien opta por un camino que lo lleva a destacar el contenido del derecho, particularmente, el de las decisiones judiciales como elemento legitimador—, Waldron elige una ruta más estructural que destaca, como Fuller, la importancia de la satisfacción mínima de principios del Estado de Derecho, a efectos de establecer que un sistema jurídico existe. La pregunta que surge es ¿cuál es entonces la diferencia entre las posturas de Waldron y Fuller? Y la res-

⁶³ Waldron, J., (2011), “How law protects dignity”, en: http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=82885; (2010), “The rule of law and the importance of procedure”, en: http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=82885; (2008a), “The concept and the rule of law”, en: http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=82885; (2008b), “Positivism and legality: Hart’s equivocal response to Fuller”, en: <http://www.nyulawreview.org/issues/volume-83-number-4/positivism-and-legality-harts-equivocal-response-fuller>

puesta es que Waldron trabaja con una versión robustecida de la noción de Estado de Derecho; una versión que, a los efectos de determinar si un sistema jurídico existe o no, realza la *dimensión argumentativa* del derecho, ya que incluye en el contenido del ideal en cuestión, ciertos principios de “justicia natural” o del “debido proceso” (como el derecho a ser oído y vencido en juicio, el de ofrecer argumentos y medios de prueba en apoyo de una determinada postura, el que dichos argumentos y pruebas sean valorados “racionalmente”, etc., a lo que en nuestra cultura jurídica suele denominársele, de manera condensada, como la “garantía de audiencia”). Como puede verse, el objeto de dichos principios no es ya la estructura formal de las reglas, sino la forma en que generalmente deben proceder los tribunales al *aplicarlas*.

8. Breves referencias a una concepción específica propia (compatible con la versión débil de la Tesis de la Separación acerca de la existencia del derecho)

La propuesta que en otro lugar he desarrollado con mayor detenimiento,⁶⁴ se ubica en el grupo de concepciones que explícitamente asumen el compromiso de contribuir a la consolidación de la organización política propia del Estado de Derecho,⁶⁵ las cuales presentan como común denominador, el afirmar que la no observancia mínima de los principios de dicho ideal acarrea la *inexistencia* del sistema jurídico en cuestión. En otras palabras, estas concepciones sostienen que el constante y endémico alejamiento de tales pautas opera una *progresiva mutación* en la naturaleza del sistema —en principio jurídico—, responsable de dicho alejamiento, al punto de transformarlo en un mecanismo de control social que sólo *simula* o *aparenta* ser derecho. La semejanza de tales mecanismos con un sistema jurídico proviene del hecho de que instancian la estructura abstracta que Hart identificara como la clave de la explicación del concepto de derecho, a saber, la unión de reglas primarias y secundarias, o más específicamente, el sistema o entramado de instituciones (operado por los funcionarios respectivos) que surge de las reglas del segundo tipo, a los efectos de administrar las del primero.

⁶⁴ Aguilera, Edgar, (2013), “Contextualismo metodológico: El piso común de conceptos normativos y/o descriptivos de derecho”, *Nuevas Fronteras de Filosofía Práctica*, Número 1, pp. 1-49, en: <https://uaemex.academia.edu/EdgarAguilera>

⁶⁵ Véase la última parte de la sección previa. Específicamente las propuestas de Fuller y de Waldron y la discusión que prepara el camino para su presentación.

Pues bien, mi propuesta coincide con la de Waldron en dos aspectos: Por una parte, asumo junto con el autor, que una de las funciones prioritarias del derecho es la de *limitar el poder público*.⁶⁶ A diferencia de lo que ocurre con Fuller, quien sostenía que la función principal del derecho es la de producir y aplicar reglas, en efecto, capaces de guiar la conducta de sus destinatarios, la función identificada por Waldron le permite trabajar con una noción más robusta de “Estado de Derecho” (en adelante EdD), que no lo restringe a centrarse exclusivamente en las *cualidades formales* de las reglas jurídicas (que sean generales, inteligibles, que prescriban conductas realizables, etc.), sino que le permite incluir los denominados “principios de justicia natural” que cristalizan en la noción de “debido proceso”. Esto me conduce al segundo punto de coincidencia con Waldron, a saber, el de trabajar con una versión más robusta del EdD. Sin embargo, sostengo que teniendo en mente la función de limitar el poder público, la noción de EdD puede ampliarse aún más para abarcar principios que guíen la creación de reglas (en adición a los principios que expresan las *cualidades formales* de aquellas y a los principios que guían su *aplicación*).

En mi propuesta me concentro en los principios que guían la creación de reglas (siendo el principal el que prescribe la adopción del *método democrático* por ser éste el que, de acuerdo con Nino, mejor reproduce las características estructurales y dinámica de la discusión moral orientada a tratar asuntos públicos, misma que posee *valor epistémico*, el cual es heredado por —o transmitido hacia— el órgano legislativo democrático)⁶⁷ y en los principios que guían su *aplicación jurisdiccional* (siendo el principal el que prescribe la instauración de un mecanismo de adjudicación genuinamente *veritativo-promotor* orientado a la búsqueda de la verdad material acerca de lo que las partes alegan).⁶⁸ La observancia mínima de dichos principios abona a la *legitimidad* del derecho, principalmente a su *legitimidad formal o procedimental*, pero indirectamente a su *legitimidad sustantiva* (en virtud de la plausibilidad de la tesis según la cual, la “buena forma” contribuye a la generación de una tendencia hacia el “buen contenido”).

Más específicamente, en la concepción sugerida, la observancia mínima de estos principios hace una aportación crucial a la satisfacción de las *condiciones mínimas* de legitimidad de las autoridades *legislativas y jurisdiccionales*. Dichas condiciones son, para el caso de las primeras y siguiendo a Raz,⁶⁹ que los destinatarios de las directivas jurídicas tengan más probabilidades de actuar conforme a las razones correctas que aplican

⁶⁶ Waldron, Jeremy, (2008a), “The concept and the rule of law”, en: http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=82885

⁶⁷ Aguilera, Edgar, *op. cit.*, pp. 26-32.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 41-44.

⁶⁹ Raz, (2009b), *The authority of law*.

a su situación si su comportamiento se ajusta a lo requerido por aquellas, que las que tendrían si no contaran con este servicio que las autoridades emisoras les prestan y, por tanto, que las que tendrían si llevaran a cabo por cuenta propia la identificación y ponderación de las razones relevantes. Y para el caso de las segundas e inspirado en Laudan,⁷⁰ la condición es que con la mayor frecuencia posible, las decisiones judiciales se basen en lo que *realmente ocurrió*, es decir, que en la mayoría de las oportunidades se *declaren probadas proposiciones fácticas verdaderas*.

Por su parte, la satisfacción de las referidas condiciones mínimas de la legitimidad de autoridades legislativas y jurisdiccionales que es posible gracias a la observancia —también mínima— de los principios del EdD puestos en primer plano, contribuye al surgimiento de una obligación generalizada de obediencia al derecho, la cual posee las siguientes características: Se trata de una obligación *independiente de contenido* (en la medida en que no se funda directamente en las conductas prescritas por las normas particulares, sino en las cualidades que revisten sus fuentes); de *segundo orden o protegida* (en tanto excluye de las deliberaciones prácticas de los ciudadanos, las razones que normalmente esgrimirían a favor y en contra de las conductas en cuestión); y algo crucial: es *derrrotable o prima facie* (dada la falibilidad inherente al juicio humano y a la incapacidad de las autoridades para anticiparse en sus directivas a la compleja y, en principio, infinita combinación de los factores constitutivos de los escenarios que pueden encontrar los destinatarios).⁷¹

En este momento debo aclarar dos cuestiones más: Por una parte, la concepción desarrollada presupone la presencia de la estructura social consistente en la unión compleja de reglas primarias y secundarias, es decir, de la maquinaria institucional para la administración de reglas primarias de obligación. Sin embargo, debido a la función que hemos predicado del derecho, de limitar el poder público, la existencia de un sistema jurídico también depende de que dichas instituciones operen de forma congruente con tal función, a saber, ajustándose *mínimamente* a los principios del EdD destacados anteriormente. Por otro lado, la concepción en comento adicionalmente presupone que de la satisfacción de los principios del EdD no puede hablarse en términos *absolutos*, es decir, no es el caso que o se cumplen o no. Su observancia es más bien, *gradual*. En este sentido, superado el *umbral* de observancia mínima necesario para que un sistema jurídico exista —que, en efecto, queda por definirse—, todavía hay un amplio margen para emprender un proyecto *prescriptivo* orientado a establecer las propiedades del *derecho deseable*. En otras palabras, siem-

⁷⁰ Laudan, Larry, (2013), *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, pp. 22-23.

⁷¹ Aguilera, Edgar, *op. cit.*, 15-18.

pre es posible que, alcanzado el umbral mínimo referido, las instituciones continúen *mejorando* en lo relativo a la satisfacción del ideal del EdD (y/o de otros ideales).

Ahora bien, para cerrar este apartado, haré referencia una vez más a un aspecto de la teoría de Hart que, en mi opinión, ha sido escasamente abordado en la discusión filosófico-jurídica y que resulta especialmente relevante para el tipo de concepción sobre la existencia del derecho aquí esbozado. Ese aspecto es el de la “patología de un sistema jurídico”.

Para Hart, así como puede hablarse de estudios previos al surgimiento de un sistema jurídico *maduro* (aquellos implicados en el tránsito paulatino de un sistema pre-jurídico exclusivamente basado en la costumbre hacia otro caracterizado por la unión compleja de reglas primarias y secundarias), puede hablarse también, de estadios previos a su desaparición como tal (que a su vez, serían posteriores al punto en el que el sistema alcanzó su “madurez”). La tesis de la patología de un sistema jurídico pretende describir, aunque sea de forma muy general, precisamente los escenarios que conducen a su extinción, es decir, a que *deje de existir*. De acuerdo con el autor, lo que eventualmente puede desembocar en la “muerte” de un sistema jurídico tiene que ver básicamente con dos cuestiones: De un lado tenemos el divorcio entre el sector público (el de los funcionarios) y el privado (el de los ciudadanos) que resulta del hecho de que los miembros del segundo sector dejan de mantener la relación debida con las reglas primarias validadas por la regla de reconocimiento. Es decir, la población general deja de *obedecerlas*, tornándolas por tanto, *ineficaces*. A su vez, esto puede ocurrir, por ejemplo, derivado de invasiones extranjeras o de revoluciones internas, caracterizadas ambas por la actividad de grupos diversos a los funcionarios oficiales, con pretensiones de gobernar en lugar de aquellos. Otro ejemplo es el del colapso del orden jurídico a causa de la impunidad generalizada con la que actúan ciertos individuos (quienes normalmente no tienen pretensiones de derrocar al gobierno), cuyas transgresiones quedan sistemáticamente sin castigo. Por otra parte, un sistema jurídico puede desaparecer a causa del progresivo resquebrajamiento de la “unión entre funcionarios” que normalmente es presupuesta en la emisión de enunciados internos de validez, lo cual puede ocurrir, por ejemplo, en el caso de conflictos competenciales permanentes entre los diversos poderes.⁷²

Pues bien, esta discusión es relevante debido a que la concepción perfilada en este apartado (y en general, la familia de concepciones a la que pertenece) contribuye a enriquecer la teoría de la patología de un sistema jurídico presentada por Hart, al ampliar la gama de posibles es-

⁷² Hart, *op. cit.*, pp. 143-156.

cenarios que conducen a su desaparición. Esa ampliación proviene de considerar que, como se ha dicho, el distanciamiento constante, progresivo y sistemático de los ideales del EdD, también puede acarrear la inexistencia del sistema jurídico que incurre en tales prácticas. Cabe destacar que estos casos normalmente no se caracterizan, ni por la ineficacia de sus normas (primarias), ni por la desunión de los funcionarios (que son los dos principales factores reconocidos por Hart). Al contrario, frecuentemente ocurre que con base en el temor a la represión “jurídica” y/o en el convencimiento (o adoctrinamiento) resultante de estar expuesta a la maquinaria propagandística del Estado, la población generalmente obedece sus normas, al tiempo que la solidaridad gremial entre los operadores del derecho se fortalece. Y precisamente porque la aceptación por parte de los funcionarios, de las normas (secundarias) que les confieren las potestades necesarias para actuar como tales (y particularmente, de su regla de reconocimiento), así como la eficacia general de las normas primarias de obligación, constituyen circunstancias que pueden permanecer incólumes en estos casos, es que resulta contraintuitivo aseverar que el sistema jurídico ha desaparecido (o que está en vías de hacerlo). Lo más que puede decirse, según la sabiduría convencional, es que el sistema jurídico de referencia es sumamente (o incluso) insoportablemente injusto, mezquino, perverso, maligno, etc. En este trabajo se ha planteado una alternativa a la forma en que tradicionalmente se describen las situaciones anteriores, que es la siguiente: Si el alejamiento del ideal de un EdD es tan grave al punto de no observar sus principios mínimamente, ese sistema, pese a que siga manteniendo su ropaje institucional (en lo cual radica la trampa), ha perdido su estatus de “jurídico”, virando (o torciendo el camino) hacia una maquinaria de control social *simulatoria de derecho*.

Conclusiones

Tradicionalmente se ha considerado a Lon Fuller como el perdedor del debate que en torno a la naturaleza del derecho sostuvo con Herbert Hart hacia el final de la década de los cincuenta. Luego de este famoso intercambio, el segundo vio cómo su teoría —junto con el método “analítico” que empleo para articularla—, poco a poco se posicionó como la versión más acabada del positivismo jurídico contemporáneo (principalmente en el mundo de habla inglesa, pero también sumamente influyente en nuestro ámbito), y como la defensa más sofisticada de la célebre Tesis de la Separación sobre la que esta corriente se erige. Por su parte, las aporta-

ciones al campo de la filosofía del derecho por parte del segundo, fueron, al menos por un periodo extenso, no apreciadas en su justa dimensión.

En este trabajo he pretendido sumarme al movimiento reivindicador de Fuller que recientemente se ha gestado.⁷³ Esto lo he hecho vinculando su pensamiento con las ideas centrales de otro grande, Uberto Scarpelli. El resultado le corresponde al lector juzgarlo; aquí me limitaré a decir que creo se trata de una concepción del derecho que mejor refleja la realidad de sistemas jurídicos como el nuestro y de otros similares en donde la mentira y la simulación por parte de las autoridades, junto a la corrupción endémica de las instituciones, se han vuelto los cimientos de una técnica *sui generis* de control social que es una mala copia del gobierno a través de reglas o normas generales. Una mala copia que como tal, se vale de aparentar ser algo que en realidad no es. Y es que llega un punto de no retorno en que el abuso del derecho puede conllevar su desaparición. Esto sucede ahí donde el menosprecio por las formas (es decir, por los procedimientos que mínimamente se ajustan a lo requerido por los principios del Estado de Derecho) es abierto y persistente de modo que hace que aquellas —las formas—, se vuelvan, más bien, fondo. Un fondo que es urgente recuperar antes de que sea demasiado tarde.

Bibliografía

AGUILERA, Edgar, (2013), "Contextualismo metodológico<: El piso común de conceptos normativos y/o descriptivos de derecho", *Nuevas Fronteras de Filosofía Práctica*, No. 1, pp. 1-49, en: <https://uaemex.academia.edu/EdgarAguilera>

BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, 1965, Eudeba.

BULYGIN, E., "Observaciones a Kelsen, "Validez y eficacia del derecho"", en Kelsen, H. Bulygin, E., y Walter, R., *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires, 2005, Astrea, pp.75-84.

CAMPBELL, Tom, "Rewriting Hart's postscript. Thoughts on the development of legal positivism", en *Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, No. 5, 2011, pp. 24-52.

CANE, Peter (Ed.), (2010), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Hart Publishing.

⁷³ Cane, Peter (Ed.), (2010), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*.

CLARKE, Paul B., *Ser ciudadano. Conciencia y praxis*, Trad. de Javier Eraso Cevallos, Madrid, 2010, Sequitur.

FULLER, Lon, *The morality of Law*, Yale University Press, 1969.

_____, (1958), "Positivism and fidelity to the Law: A reply to professor Hart", en *Harvard Law Review*, No. 71, pp. 630-672.

GAIDO, Paula, (2011), *Las pretensiones normativas del derecho: Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*, España, Marcial Pons.

GIUDICE, M., (2014), "Assessing Dworkin's Legal Theory Along Two Dimensions: Imperialism and Importance", presentado en el marco de la Conferencia Internacional "The Legacy of Ronald Dworkin", Burlington, Canadá, en prensa.

GREEN, Leslie, (2009), "Legal Positivism", en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2009 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>>.

HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Trad. de Genaro R. Carrió, 3ª Ed., Buenos Aires, 2012, Abeledo Perrot.

HIMMA, Kenneth, (2014), "Immodesty in Dworkin's Third Theory: Modest Conceptual Analysis, Immodest Conceptual Analysis, and The Lines Dividing Conceptual and Other Kinds of Theory of Law", en: <http://backdoorbroadcasting.net/2014/05/metaphysics-and-method/>

_____, "Inclusive Legal Positivism", en Coleman, Jules y Shapiro, Scott (Eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2002, pp. 125-165.

LAUDAN, Larry, *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*, Trad. de Carmen Vázquez y Edgar Aguilera, España, 2013, Marcial Pons.

MARMOR, Andrei, (2011), "The Nature of Law", en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/lawphil-nature/>>.

_____, "Exclusive Legal Positivism", en Coleman, Jules y Shapiro, Scott (Eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2002, pp. 104-124.

PRIEL, Dan, (2014), "Making sense of Dworkin", presentado en el marco de la Conferencia Internacional "The Legacy of Ronald Dworkin", Burlington, Canadá, en prensa.

_____, (2011), "The place of legitimacy in legal theory", en: http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=787900

RAZ, Joseph, (2009a): *Between authority and interpretation: On the theory of law and practical reason*, Oxford University Press.

_____, (2009b), *The authority of law*, 2a Ed., Oxford University Press.

_____, "The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception", en *Minnesota Law Review*, No. 90, 2006, pp. 1003-1044.

_____, "Can There Be a Theory of Law?", en Golding, M., y Edmundson, W., (Eds.), *The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory*, Blackwell, 2004, pp. 324-342.

_____, "Reasoning with Rules", en *Current Legal Problems*, Vol. 54, 2001, pp. 1-18.

RIVAYA, Benjamín, "Teorías sobre la teoría del contenido mínimo de derecho natural", en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, No. 15, 2000, pp. 39-66.

RUNDLE, Kristen, (2012), *Forms Liberate. Reclaiming the jurisprudence of Lon L. Fuller*, Hart Publishing.

SCARPELLI, Uberto, *¿Qué es el positivismo jurídico?*, México, 2001, Editorial Cajica.

SCHAUER, Frederick, (2011), "On the Nature of the Nature of Law", en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1923321

VITALE, Ermanno, (2012), *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, Madrid, Trotta.

WALDRON, Jeremy, (2011), "How law protects dignity", en: http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=82885

_____, (2010). "The rule of law and the importance of procedure", en: http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=82885

_____, (2008a), "The concept and the rule of law", en: http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=82885

_____, (2008b), "Positivism and legality: Hart's equivocal response to Fuller", en: <http://www.nyulawreview.org/issues/volume-83-number-4/positivism-and-legality-harts-equivocal-response-fuller>

WALUCHOW, Will, "Validez moral y la función de guía del derecho", en Grant, K., et. al., (Eds.), *El legado de H. L. A. Hart, Filosofía jurídica, política y moral*, Trad. de Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, España, 2012, Marcial Pons, pp. 127-144.

_____, *Positivismo jurídico incluyente*, Trad. de Marcela S. Gil y Romina Tesone, España, 2007, Marcial Pons.