

# La inclusión de la moral en el derecho y la encrucijada actual del positivismo jurídico\*

Yezid Carrillo De La Rosa\*  
Universidad Libre, Cartagena  
yezidcarrillo@gmail.com

## RESUMEN

Este artículo pretende llevar a cabo un acercamiento al pensamiento jurídico moderno, para ello, inicialmente se realiza un aproximación al positivismo jurídico, a sus expresiones y críticas más significativas y a sus aspectos conceptuales más importantes desde sus orígenes; (ii) luego se intenta precisar en que consiste lo que se ha denominado la crisis del positivismo y el debate que con ocasión del mismo se suscita entre positivistas y antipositivistas; finalmente (iii) se formulan críticas más significativas a las tesis centrales del positivismo jurídico. Para desarrollar lo anterior trataremos de dar cuenta de los cinco problemas centrales que han constituido el eje central de la discusión entre positivistas y antipositivistas que en su orden son: (i) el problema de la obediencia y la validez del derecho; (ii) el problema de la discrecionalidad y la creación judicial del derecho; (iii) el problema de la corrección del derecho; (iv) el problema de la conceptualización del positivismo jurídico; (v) el problema de la inclusión de la moral en el derecho.

## PALABRAS CLAVE

Positivismo jurídico, discrecionalidad, moral, reglas, principios.

## ABSTRACT

This article intends to carry out an approach to modern legal thought, for them, initially performing a legal positivist approach, its most significant expression and criticism and its most important conceptual aspects from its origins, (ii) then try to specify in that is what has been called the crisis of positivism and discussion of the occasion arises between positivists and anti-positivist, and finally (iii) makes significant criticisms to the central theses of legal positivism. In developing the above attempt to account for the five central problems that have been the focus of the debate between positivists and anti-positivist in its order are: (i) the problem of obedience and the validity of law; (ii) the problem of judicial discretion and the creation of law; (iii) the issue of correction of law; (iv) the problem of conceptualization of legal positivism; (v) the issue of inclusion of morality in law.

## KEY WORD

Legal positivism, discretion, moral, rules, principles.

Fecha de recepción del artículo: 5 de agosto de 2009.

Fecha de aceptación del artículo: 22 de agosto de 2009.

\* **Artículo producto de investigación terminada. Proyecto ejecutado por los Grupos de Teoría y Filosofía del Derecho (Categoría D) y el Grupo de Filosofía del Derecho, Derecho Internacional y Problemas Jurídicos Contemporáneos (Categoría C). Informe final publicado bajo el título de *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D. C., 2008.**

\*\* Docente Investigador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena y de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre Seccional Cartagena. Director del Grupo de Teoría y Filosofía del Derecho (Colciencias – Categoría D) y del Grupo de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional de la Universidad de Cartagena (reconocido-Colciencia). Doctorando en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Ética y Filosofía Política de la Universidad de Cartagena. Abogado egresado de la U. Nacional de Colombia, Magíster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia. Licenciado en Filosofía y Letras egresado de la U. Santo Tomas; yezidcarrillo@hotmail.com

## INTRODUCCIÓN

El presente artículo es resultado del proyecto de investigación titulado “problemas actuales del pensamiento jurídico” inscrito dentro de la línea de investigación en “problemas contemporáneo de derechos del derecho”. Su propósito es el de llevar a cabo una aproximación a la teoría del derecho moderno desde sus inicios y a los problemas que el desarrollo de sus argumentos ha generado en el pensamiento jurídico. Para ello realizamos un breve acercamiento al positivismo jurídico y a sus expresiones y críticas más significativas y desarrollamos lo que se ha denominado la crisis del positivismo y el debate que se suscita entre positivistas y antipositivistas, para finalmente, formular las objeciones y críticas más significativas a las tesis centrales del positivismo jurídico.

### 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El problema central que orienta este artículo puede enunciarse de la siguiente manera: ¿Cuáles son los problemas que la inclusión o exclusión de la moral del ámbito jurídico suscita para el pensamiento jurídico moderno? Resolver este interrogante condujo a plantear cinco problemas específicos: i) el problema de la obediencia y la validez del derecho; (ii) el problema de la discrecionalidad y la creación judicial del derecho; (iii) el problema de la corrección del derecho; (iv) el problema de la conceptualización del positivismo jurídico; y (v) el problema de la inclusión de la moral en el derecho.

### 2. METODOLOGÍA DEL PROYECTO

Esta investigación involucra tres perspectivas metodológicas: una empírica-histórica, mediante la cual se pretende describir y explicar el desarrollo histórico del pensamiento jurídico moderno; una perspectiva analítica, que intenta dar cuenta de la estructura lógica de los argumentos filosófico jurídico y de sus límites; y una perspectiva normativa o justificativa a partir de cual se formulan algunas críticas a la teoría del derecho positivo.

## 3. RESULTADOS

### 3.1 El problema de la obediencia y la validez del derecho

Un aspecto central de la teoría positivista es el de cómo fundamentar la obediencia del derecho en algo distinto de la fuerza bruta, lo que es posible sólo si se puede distinguir el derecho del poder. Con el iusnaturalismo la obediencia y la validez del derecho estaba asegurada por referencia a ciertos valores superiores (razón) o suprahistóricos (Dios). Al desconectar el derecho puesto (positivo) de la moral, el positivismo jurídico debe hallar fundamento de validez en un criterio que ya no puede ser un derecho ideal (natural), ni puede ser tampoco un criterio meramente fáctico (el poder), sino jurídico. El positivismo formalista (exégesis francesa y la jurisprudencia de conceptos), había resuelto el asunto apelando a la noción de soberanía de la ley y a la consideración de que el derecho positivo no reflejaría el capricho, y arbitrariedad del poder, sino una voluntad objetiva y justa<sup>1</sup> que se expresa en forma clara y completa en la ley, de allí que lo mejor es someterse al dictado de la autoridad soberana. No obstante, las críticas de las concepciones socialistas del derecho que señalan la ausencia de neutralidad e imparcialidad de la norma frente a los intereses sociales y las relaciones de poder y las objeciones de las corrientes sociológicas que señalan no sólo la inoperancia y la insuficiencia del derecho frente a la realidad social cambiante, sino la existencia de lagunas y contradicciones en el sistema de derecho<sup>2</sup>, hacen insostenible el positivismo formalista y dan paso a un positivismo que se ha denominado sociológico o antiformalista, que si bien sigue sosteniendo que el derecho es la ley (forma) esta es portadora de un contenido (valores, fines, propósitos) que debe ser descubierto por quien aplica el derecho; de allí que sus consideraciones se centren en la búsqueda de un método jurídico racional que garantice

<sup>1</sup> SEGURA ORTEGA, Manuel. *La racionalidad jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p. 30.

<sup>2</sup> *Ibid.*, pp. 265-266.

la interpretación correcta de la ley según la voluntad o intención del legislador.<sup>3</sup> Sin embargo, estas críticas antiformalistas conducen al surgimiento de tendencias escépticas (escuela libre del derecho y el realismo jurídico norteamericano), que desconocen el aspecto normativo del derecho y, a otras, que priorizan el aspecto fáctico, como es el caso de la primera jurisprudencia analítica (Benthan y Austin) que identifica el derecho con lo que ordena el soberano. Para Austin, por ejemplo, existe una obligación si existe una norma y, una norma, si hay un mandato y, el mandato, es la expresión de un soberano que habitualmente es obedecido y que respalda su querer con una sanción,<sup>4</sup> como en el caso del asaltante que ordena a su víctima entregarle el bolso bajo la amenaza de causarle un mal.<sup>5</sup>

La norma fundamental kelseniana pretende superar esta dificultad apelando a un criterio objetivo y jurídico. Para Kelsen, la validez de una norma no puede hallarse en un pacto o contrato social, ni en la mera constatación del hecho de que quien emitió la orden es un soberano, sino en otra norma, ello es, en un deber ser. El propósito de la teoría pura del derecho es el de describir los sistemas jurídicos positivos<sup>6</sup>, independiente de toda consideración axiológica o fáctica; de allí su carácter universal y objetivista<sup>7</sup>. Esta ciencia normativa debe posibilitar el paso de una multiplicidad de normas heterogéneas (Constitución, leyes, decretos, etc.), a un sistema jurídico coherente

y unitario.<sup>8</sup> La noción de sistema jurídico, por una parte, posibilita el conocimiento del derecho como un todo unitario, completo y coherente (dimensión lógico-epistemológica) y, por otra, le otorga validez a una norma en particular y define su naturaleza, y su estatuto ontológico (dimensión ontológica).<sup>9</sup> Kelsen distingue entre sistemas nomo-estáticos y sistemas nomo-dinámicos. En los primeros, en los que incluye el iusnaturalismo, la validez de la norma viene dado por el contenido de éstas, que puede subsumirse o deducirse de otras normas hasta llegar a la norma básica que fundamenta todo el sistema; por el contrario, en los sistemas normativos dinámicos, como el derecho, las normas pueden tener el contenido moral que quieran pero valen si han sido autorizadas o promulgadas por el órgano competente conforme a un procedimiento prescrito por una norma superior y anterior.<sup>10</sup> Kelsen considera, con arreglo a la clasificación anterior que las fuentes del derecho se encuentran jerárquicamente subordinadas en torno a una fuente suprema que atribuye directa o indirectamente carácter jurídico a todo el conjunto de normas y que el llama la norma fundamental. Ésta no sólo permite otorgarle validez a la primera norma jurídica del sistema (la constitución), sino también, interpretar las normas como objetivamente válida independiente de las relaciones de fuerza explicables causalmente, pues ella no ha sido dictada por algún legislador humano o divino, es una hipótesis básica de la que deriva la validez de la Constitución y las demás normas.<sup>11</sup> Ahora bien, la norma fundamental

<sup>3</sup> *Ibid.*, pp. 71-73.

<sup>4</sup> AUSTIN, John, “la delimitación del ámbito de la teoría del derecho”. En: CASANOVAS, Pompeu y otros. *El Ámbito de lo jurídico, lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*, editorial Crítica, 1994. p. 182.

<sup>5</sup> HART, H. *El concepto de derecho*, Traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004. p. 8.

<sup>6</sup> KELSEN, H. *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Novena edición, Traducción de Moisés Nilve, eudeba editorial universitaria de Buenos Aires, 1970, p.15.

<sup>7</sup> KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*. Grupo editorial Éxodo, México D. F., 2006, pp. 21 y 108.

<sup>8</sup> KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. *Op.cit.*, pp.135 y ss.

<sup>9</sup> CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D. C., 2008. pp. 270 y ss.

<sup>10</sup> CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D. C., 2008 SORIANO, Ramón. *Compendio de teoría general del derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 2ª edición, 1993, p. 122. y MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y otro. *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*, editorial Ariel, S. A. 1994, p. 87 y KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*. *op. cit.*, pp. 109-110.

<sup>11</sup> KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*. *Op. cit.*, p. 111-112 y ss.

tuvo muchas variaciones y muchas críticas;<sup>12</sup> especialmente el carácter no normativo de la norma fundamental, pues si fuese norma debería estar fundamentada a su vez en otra norma que estaría a su vez fundamentada en otra norma en un regreso al infinito, pero lo que se aprecia es que únicamente si esta norma tiene un carácter suprapositivo puede operar como punto de cierre del sistema jurídico; por tanto, al no estar la norma fundamental apoyada en ninguna otra instancia se hallaría por fuera del sistema y no tendría ni el carácter de norma ni de jurídica.<sup>13</sup> Tenemos, entonces, que la norma fundamental no es norma ni jurídica, no obstante, sin ella no operaría la traducción de los actos subjetivos del poder a derecho, el paso de la mera causalidad (ser) a normatividad (deber ser), y por consiguiente, la transmutación de la fuerza descarnada a la racionalidad del derecho.<sup>14</sup>

En realidad, Kelsen nunca pudo dar cuenta de esta última norma fundamental que cierra y dota de unidad al sistema y da cuenta de la validez de las normas que lo componen. Será la teoría de Hart la que resuelve este problema para la concepción del derecho (sistema jurídico) según el positivismo jurídico. Para Hart, es claro que la metáfora del asaltante y el asaltado no permite comprender la idea de obligación, pues quien accede a las pretensiones del asaltante “se vio obligado” a ello, pero no puede decirse que “tenía la obligación;<sup>15</sup> para que se pueda hablar de obligación es fundamental que se hable de reglas sociales, porque es en virtud de éstas que un comportamiento es asumido como modelo de conducta y hace que un caso particular quede cobijado por ella.<sup>16</sup> Las reglas se caracterizan porque, a diferencia de los mandatos, pueden ser advertidas desde por un observador que no las acepta (punto de vista externo) o por un miembro del grupo (participante) que las acepta y las usa como guía de conducta

(punto de vista interno); los enunciados que realice el observador se denominan enunciados externos y los que realice el participante enunciados internos.<sup>17</sup>

Ahora bien, para Hart, no es posible hablar de sistema jurídico si sólo hay normas que imponen deberes u obligaciones (reglas primarias). Una sociedad primitiva en la que sólo existan reglas primarias adolecería de varios defectos: uno de ellos sería el de la falta de certeza respecto del derecho válido;<sup>18</sup> otro defecto sería el carácter estático de las reglas, debido a que no habría posibilidad de llevar a cabo un cambio deliberado de tales reglas.<sup>19</sup> Finalmente, la ineficacia de las normas (difusa presión social), pues en caso de violación de éstas no habría manera de resolver las disputas.<sup>20</sup> La existencia de un sistema jurídico moderno presupone la presencia no sólo de reglas primarias, sino también de reglas secundarias. Las primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no ejecutar; las secundarias de las reglas primarias y cumplen respecto de ellas funciones básicas: de cambio, de adjudicación y de reconocimiento.<sup>21</sup> Las *reglas de cambio* permiten la adaptación de las normas jurídicas a la realidad social, pues en ellas se indica el procedimiento que permite conocer cómo pueden eliminarse, derogarse o introducirse nuevas reglas primarias al sistema jurídico<sup>22</sup>; las *reglas de adjudicación* permiten fundar de manera incuestionable un juicio que establezca cuándo una regla primaria ha sido violada o no y aplicar la sanción instituida;<sup>23</sup> finalmente, la *regla de reconocimiento*, que cumple el papel de norma fundamental, garantiza la unidad del sistema y criterio último de validez, a partir del cual podemos identificar y reconocer una norma como válida dentro del sistema

<sup>12</sup> CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. *Op. cit.*

<sup>13</sup> BASTIDAS F, X. *Op. cit.* p. 87.

<sup>14</sup> BASTIDAS F, X. *Op. cit.* p. 96.

<sup>15</sup> HART. *Op. cit.* p. 102.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 114-115.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 118.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 120.

jurídico. La regla de reconocimiento de Hart no es presupuesta como en Kelsen, sino que forma parte del ordenamiento jurídico; no es un presupuesto o una ficción, es un hecho que puede asumir las formas más diversas, entre ellas: la referencia a un texto revestido de autoridad; a una sanción legislativa; a una práctica consuetudinaria; a las declaraciones generales de personas específicas; o a decisiones judiciales pasadas, dictadas en casos particulares. En los sistemas jurídicos modernos la regla de reconocimiento es más compleja,<sup>24</sup> porque no es sólo un hecho, también es una regla consuetudinaria que se expresa en una práctica convergente.<sup>25</sup> Es un hecho que puede advertirse desde un *punto de vista externo* y expresarse en *enunciados externos*, tal y como lo haría un observador que no se siente vinculado ni obligado por ella (ejemplo: “en Colombia el derecho dispone que...”) y, es derecho, porque desde un *punto de vista interno* es reconocida y aplicada en la práctica por los tribunales y funcionarios que utilizan los criterios previstos en ella para identificar el derecho y apreciar críticamente las desviaciones propias y ajenas; estos tribunales al referirse a ella utilizan un lenguaje que se expresa con *enunciados internos*, tal y como sucede con quienes aceptan la regla de reconocimiento (Ejemplo: “El derecho dispone que...”).<sup>26</sup>

### 3.2 El problema de la discrecionalidad y la creación judicial del derecho

Sin lugar a dudas, Hart resuelve para el positivismo jurídico el problema de la validez del derecho y la obligación jurídica sin necesidad de recurrir a la moral o al poder; no obstante, su teoría abre una nueva fuente de discusión. Hart reconoce que la existencia de las reglas no son siempre suficientes para resolver los conflictos sociales, pues al servirse las reglas de conceptos clasificatorios generales, que deben ser aplicados a hechos concretos, el

derecho formulado en las reglas en ocasiones aparece como indeterminado;<sup>27</sup> por tanto, cualquiera sea la técnica usada para comunicar pautas de conductas generales (precedente o legislación) en algún momento, al ser aplicadas, especialmente en los casos no obvios, se encontrarán indeterminadas debido a lo que se ha denominado la *textura abierta*, que es una característica inherente a los lenguajes naturales<sup>28</sup>; por ejemplo, es indiscutible que un automóvil es un vehículo, pero no parece tan clara en el caso de una bicicleta<sup>29</sup>. En casos como éste, si el juez no quiere inhibirse debe usar su discrecionalidad y ejercer su poder de creación buscando razones fuera de la ley (extralegales);<sup>30</sup> Ahora bien, este poder de creación no es equiparable al del legislador, sobre todo porque los poderes conferidos al juez son *intersticiales*, para un caso particular, y no pueden ser usados para proponer reformas de gran alcance.

Dworkin considera que la teoría de Hart es mucho más refinada que la de Austin,<sup>31</sup> pero no acepta esta tesis, pues, para él, en los casos difíciles los juristas y jueces hacen uso no sólo de las reglas sino de principios, directrices políticas y otros tipos de pautas<sup>32</sup>; en consecuen-

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p.136-137.

<sup>26</sup> HART. *Op. cit.* pp. 128-129.

<sup>27</sup> CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D. C., 2008 SORIANO, Ramón. *Compendio de teoría general del derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 2ª edición, 1993, p. 122. y MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y otro. *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*, editorial Ariel, S. A. 1994 HART, H. “El cielo de los conceptos de Ihering y la jurisprudencia analítica moderna”, En: CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José J. *El ámbito de lo jurídico*. Editorial Crítica, Barcelona, 1994, pp. 118-119.

<sup>28</sup> HART, *Op. Cit.* p. 159.

<sup>29</sup> HART, *Op. Cit.* p. 158.

<sup>30</sup> BAYON, Juan Carlos. “Derecho, convencionalismo y controversia”, en, NAVARRO, Pablo E. y REDONDO, María C. (comp.) *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Editorial Gedisa, Barcelona, 2002, p. 61

<sup>31</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel S. A., 4ª reimpresión, 1999, p. 68 y ss.

<sup>32</sup> Como en el conocido caso *Riggs v. Palmer*, en el que un nieto asesina a su abuelo para poder heredarlo y a pesar de estar de por medio un testamento válido

cia, la tesis positivista de la discrecionalidad judicial no puede ser aceptada, debido a que cuando las normas positivas (reglas) son insuficientes el juez debe guiarse por los principios para tomar sus decisiones. Para Dworkin, las limitaciones de la teoría positivista radica en que no puede dar cuenta de los principios, pues a diferencia de las reglas la existencia y validez de éstos no depende de una regla de reconocimiento, sino en el sentido de conveniencia y oportunidad desarrollados en la sociedad y en el foro durante largos períodos de tiempo, de allí que su poder y vigencia dependa del sentido de adecuación presente en los problemas de cada período histórico.<sup>33</sup> Los principios constituyen estándares al igual que las reglas, pero a diferencia de estas últimas no son aplicables de manera de disyuntivas, a la manera de todo o nada, pues no establecen consecuencias jurídicas que sobrevengan cuando no se cumplen las exigencias previstas por él;<sup>34</sup> pero además, los principios tienen una dimensión de peso o importancia que está ausente en las reglas: cuando dos reglas interfieren o chocan, una de las dos es válida, por el contrario, cuando los principios colisionan es al juez al que corresponde valorar el peso relativo que cada uno de ellos tiene en el caso.<sup>35</sup>

Según Alexy, las reglas son normas que, dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder de manera definitiva; de ahí que comúnmente se identifican como mandatos definitivos o derechos definitivos; los principios, en cambio, son mandatos de optimización que ordenan se realice algo en la mayor medida fáctica y jurídicamente posible, de allí que puedan ser cumplidos en diversos grados, pues su cumplimiento depende de sus posibilidades fácticas y jurídicas cuyo campo está determinado por

---

y conforme a ley el tribunal le niega el derecho de heredar apoyándose en el principio de que nadie puede beneficiarse de su propia culpa o dolo. (*Ibid.*, p. 72-73)

<sup>33</sup> *Ibid.*, pp. 83-85.

<sup>34</sup> *Ibid.*, pp. 74-75.

<sup>35</sup> *Ibid.*, pp. 77-78.

otras reglas y otros principios opuestos.<sup>36</sup> Esta distinción entre reglas y principios<sup>37</sup> tiene consecuencias importantes en la aplicación y justificación de los derechos, debido a que mientras las reglas son aplicables en la forma de todo o nada, los principios no;<sup>38</sup> si se da un supuesto de hecho y la regla se considera válida se aplica, de lo contrario no se aplica, los principios no determinan la decisión de esta forma; éstos exigen ponderación.<sup>39</sup> Los principios se parecen a los valores<sup>40</sup> y así como no es posible establecer un orden jerárquico y de prioridad entre los valores, que nos conduzca con certeza en cada caso a un resultado correcto, tampoco ello es posible en el ámbito de los principios. Alexy reconoce sin embargo, que es posible establecer un orden débil que comprenda tres elementos: (i) *condiciones de prioridad*, según el cual es posible que una solución dada para un caso concreto rebase el contexto de ponderación y pueda determinarse una relación de prioridad que sirva de marco para nuevas ponderaciones; (ii) *estructuras de ponderación*, que exigen una realización lo más completamente posible de un principio en relación con sus posibilidades fácticas (principio de proporcionalidad<sup>41</sup>) y

---

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. *derecho y razón práctica*. Ediciones distribuciones Fontamara, 2ª reimposición corregida, México, 2002, pp. 29 y 13.

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, pp. 83-85.

<sup>38</sup> *Ibid.*, pp. 86-87.

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. *derecho y razón práctica*, op. cit., pp. 13 y 30 y 32 y ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. cit., pp. 157 y ss.

<sup>40</sup> la diferencia estriba, según ALEXY, en que en los principios se trata de lo que es debido de manera definitiva y los valores de los que es definitivamente mejor. (ALEXY, Robert. *derecho y razón práctica*, Op. cit., p. 14 y ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p. 147)

<sup>41</sup> *El principio de proporcionalidad* comprende tres subreglas: *la regla de adecuación, la regla de la necesidad y la regla de proporcionalidad en sentido estricto*. El principio de proporcionalidad requiere que el acto realizado por el Estado sea adecuado y necesario y exige que se afecta un principio, quien se beneficia debe tener una mayor realización (ALEXY, Robert. *derecho y razón práctica*, Op. cit., p. 38).

La inclusión de la moral en el derecho y la encrucijada actual del positivismo jurídico

*prioridad prima facie*, que establece cargas de la argumentación.<sup>42</sup>

Dworkin, además, distingue entre argumentos políticos y argumentos de principios. Los primeros describen objetivos y justifican una decisión política que favorece o protege una determinada meta colectiva; los argumentos de principio describen derechos y justifican una decisión política, mostrando que la misma respeta o asegura algún derecho individual o del grupo.<sup>43</sup> Las críticas al poder de creación judicial que sostiene que éste debe estar subordinado a la legislación, se apoya, por una parte, en el argumento democrático del gobierno de las mayorías y, por otra parte, en que si el juez legisla aplica retroactivamente la ley. Dworkin sostiene que si el juez se apoya en argumentos políticos, las críticas serían correctas, pero no lo son si el juez puede mostrar que su decisión fue tomada con fundamento en argumentos de principios;<sup>44</sup> pues en este caso las decisiones de los jueces están limitadas por las tradiciones jurídicas que reflejan la moralidad implícita de una masa de decisiones particulares que otros jueces han ido tomando;<sup>45</sup> Así las cosas no puede afirmarse que los jueces crean derechos, sino que aplican derechos políticos preexistentes. Éstos son creaciones de la historia y de la moralidad, por eso la supuesta tensión entre creación judicial e historia institucional se disuelve, porque los jueces, lejos de contradecir las decisiones políticas del pasado, las reflejan en las suyas,<sup>46</sup> pues el Derecho tiene una naturaleza interpretativa<sup>47</sup> y el proceso judicial es una práctica interpretativa en la que se da cuenta del estado actual de los principios en un período específico de la historia de la práctica. Los anteriores argumentos se encuentran asociados a la tesis de Dworkin de que el concepto de derecho debe ser determinado

en cada caso por los jueces, y para ello deben interpretar la práctica de otros jueces,<sup>48</sup> Esta interpretación tiene una particularidad, la de tratar de mostrar el objeto que se interpreta bajo su mejor ángulo, tratando de resaltar de él lo mejor que el mismo puede ser (interpretación constructiva).<sup>49</sup> Ella exige que los jueces decidan los casos difíciles de manera coherente con los principios válidos de la estructura y la historia política, de suerte que se puedan tratar los casos iguales como iguales. Hércules es la metáfora que usa Dworkin para ilustrar la forma como un juez filósofo, que asuma su teoría, debe llegar a sus conclusiones y decisiones.<sup>50</sup> Según Dworkin, Hércules, para solucionar los casos difíciles, lejos de usar su discrecionalidad reelabora los principios inherentes, en los que su sociedad se apoya, para descubrir cuáles son los derechos que tienen los ciudadanos.<sup>51</sup>

### 3.3 El problema de la corrección del derecho

Al igual que Dworkin, Alexy critica los argumentos positivistas que defienden la tesis de la desvinculación<sup>52</sup> y defiende la existencia de una relación conceptual necesaria entre el derecho y la moral (tesis de la vinculación)<sup>53</sup>. Para Alexy, dos son las propiedades del derecho: la coerción o fuerza y la corrección o rectitud.<sup>54</sup> El positivismo, al sostener que los elementos definitorios del derecho se encuentran en una decisión de autoridad o en la eficacia social, se mostraría cercano a la primera, mientras que los antipositivistas la segunda. La necesidad de corrección se revela

<sup>42</sup> *Ibid.* pp. 14-16.

<sup>43</sup> *Ibid.*, pp. 148 y 158.

<sup>44</sup> *Ibid.*, pp. 150-151.

<sup>45</sup> DWORKIN, R. *Op. cit.* p. 153.

<sup>46</sup> DWORKIN, R. *Op. cit.* p. 154.

<sup>47</sup> ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1999, p.7.

<sup>48</sup> RIDDALL, J. G. *Op. cit.* pp. 147

<sup>49</sup> DWORKIN, RONALD. *El imperio de la justicia*. Editorial Gedisa, segunda reimpresión, BARCELONA, 2005, pp. 19-40.

<sup>50</sup> DWORKIN, R. *Op. cit.* p. 177.

<sup>51</sup> RIDDALL, J. G. *Teoría del derecho*. Editorial Gedisa, Barcelona, 2000, p. 145.

<sup>52</sup> ALEXY, Robert. "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", En: VÁSQUEZ, Rodolfo (comp.), *derecho y Moral*, editorial Gedisa, Barcelona, 1998. pp. 115-116.

<sup>53</sup> *Ibid.*, pp. 115-116.

<sup>54</sup> ALEXY, Robert. "La naturaleza de la filosofía del derecho", En: *Revista Doxa*, No. 26, 2006, pp.155.

al mostrar la contradicción performativa que se suscita cuando se afirma que “X es una república, soberana, federal e injusta”.<sup>55</sup> Alexy imagina una sociedad de forajidos que inicialmente conforman un orden sin sentido por la contradicción de sus reglas y posteriormente se convierten en un orden social predatorio; estos órdenes no podrían considerarse todavía sistemas jurídicos por razones conceptuales;<sup>56</sup> sin embargo, si en una etapa posterior los bandidos se organizan y transforman el orden en un sistema de reglas y, a pesar de su injusticia extrema, tanto los súbditos como los gobernantes lo aceptan apoyados en razones superiores, es posible llamarle sistema jurídico por razones conceptuales; Alexy se pregunta ¿Cuál es la diferencia entonces entre un sistema de reglas y un sistema de forajidos? y la respuesta la halla en lo que él denomina pretensión de corrección.<sup>57</sup> La pretensión de corrección afirma que el sistema jurídico (las normas individuales e incluso las decisiones jurídicas) incorporan, necesariamente, una pretensión de rectitud.

En relación con el sistema jurídico tendría un carácter definitorio, de suerte que si ésta es desconocida, implícita o explícitamente, no puede considerarse a éste como tal; no así en el caso de las normas jurídicas individuales y las decisiones judiciales, en relación con las cuales la pretensión es calificativa, ello es, las trata simplemente como normas defectuosas.<sup>58</sup> Ahora bien, según Alexy la inclusión de la moral en el derecho resuelve algunos problemas como el de fundamentación y justificación del derecho a partir de las exigencias de la razón práctica, la realización de la pretensión de corrección en la creación y aplicación del derecho, y la cuestión de los límites del derecho. Sin embargo, Alexy es consiente que la inclusión de la moral origina serios problemas como el de la falta de límites y de consensos (certeza) en el razonamiento

moral, de allí la necesidad en el derecho de las decisiones autoritativas que pongan fin a las discusiones, como el conocimiento y la justificación moral.

### 3.4 El problema de la conceptualización del positivismo jurídico

Como consecuencia de las serie de objeciones al positivismo jurídico, sus defensores se dan a la tarea de determinar el núcleo básico de éste. Así, Kelsen sostendrá que el positivismo jurídico es la teoría que considera que la previsibilidad y seguridad jurídica son valores fundamentales del sistema jurídico y, además, que el derecho y la moral constituyen órdenes sociales distintos y separados.<sup>59</sup> Bobbio, por su parte, distingue entre el positivismo jurídico como modo de acercarse al estudio del derecho,<sup>60</sup> como una determinada teoría o concepción del derecho y como una determinada ideología.<sup>61</sup> El primero se caracteriza por distinguir entre el derecho ideal (valor-deber ser) y el derecho real (hecho-ser), fenoménico, y considerar que sólo esta última forma merece ser estudiada.<sup>62</sup> En tanto teoría, el positivismo jurídico, comprende aquellas concepciones del derecho que articula la existencia del derecho a la creación del Estado y de su poder soberano de coacción y que, por tanto, identifica el derecho válido con el derecho estatal.<sup>63</sup>

Finalmente, Bobbio señala cómo el positivismo, a pesar de querer ser una teoría científica no se limita a proponer un esquema teórico, sino, además, una determinada forma de cómo debe ser el derecho. Para Bobbio es

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 156.

<sup>56</sup> ALEXY, Robert. “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral, *Op. cit.*, 125-127.

<sup>57</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 127

<sup>58</sup> ALEXY, Robert. *Op. cit.* p. 127.

<sup>59</sup> SQUELLA, Agustín. *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*. Ediciones distribuciones Fontamara, México, segunda edición, 1998. p. 11.

<sup>60</sup> A esta primera modalidad del positivismo BOBBIO lo denomina “positivismo jurídico metodológico” (SQUELLA, A. *Op. cit.* p.13).

<sup>61</sup> BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Ediciones Distribuciones Fontamara, México, octava reimpresión, 2004, pp. 39-40

<sup>62</sup> *Ibid.* p. 41.

<sup>63</sup> *Ibid.* p. 43.

correcto hablar de ideología en el positivismo jurídico por cuanto ésta defiende el deber absoluto e incondicionado de obedecer a la ley en cuanto tal; no obstante, considera más exacto llamar a esta posición *positivismo ético* que positivismo ideológico.<sup>64</sup>

Para Nino, uno de los grandes problemas del positivismo jurídico radica en que bajo este término se han agrupado teorías diversas e inconexas que en la mayoría de las ocasiones nada tienen que ver con sus postulados o que, incluso, algunas veces fueron rechazadas por autores considerados positivistas o, sostenidas por autores positivistas, pero no como parte esencial de sus teorías.<sup>65</sup> Entre estas Nino señala al denominado *escepticismo ético*, que considera que no existen principios morales universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos<sup>66</sup>. No obstante, este postulado no es defendido por la totalidad de los positivistas; así por ejemplo, Bentham y Austin admitían la posibilidad de justificar racionalmente un principio moral universalmente válido, al igual que Hart y, según Nino, si bien Ross y Kelsen defienden esta tesis no identifican esta idea con su concepción positivista.<sup>67</sup>

Igual sucede con el *positivismo ideológico*, que exige que los jueces asuman una posición moralmente neutra y que se limiten a decidir según el derecho vigente,<sup>68</sup> y con el *formalismo jurídico*, que guarda relación con la anterior y que considera que el derecho está compuesto únicamente por reglas de carácter legislativo<sup>69</sup>; no obstante, positivistas como Kelsen, Ross o Hart sostienen que un ordenamiento jurídico está integrado por otro tipo de normas como las consuetudinarias y las de creación jurisprudencial. A juicio de Nino, ninguna de

las tesis anteriores da cuenta del positivismo defendido por autores como Kelsen, Ross, Hart o Bobbio; la tesis que defienden estos autores, y que los hace positivistas, es aquella que defiende el *positivismo metodológico o conceptualista* y que afirma que el concepto de derecho no debe elaborarse teniendo en cuenta elementos valorativos sino propiedades descriptivas y fácticas verificables (contrastables) empíricamente.<sup>70</sup> La tesis central del positivismo metodológico que Nino identifica con la teoría de Hart, en síntesis, se resume en la tesis de la separación conceptual o de la no conexión necesaria entre el derecho y la moral, y afirma que su aceptación o separación marca la línea divisoria entre positivistas y no positivistas.<sup>71</sup>

Hoerster, igual que Nino, sostiene que algunas de las tesis endilgadas al positivismo jurídico no sólo son insostenibles, sino que, a menudo, ni siquiera han sido defendidas por positivista alguno; otras, por el contrario, están bien fundamentadas<sup>72</sup>. Detrás del concepto genérico de positivismo jurídico se esconden, según Hoerster, cinco tesis diferentes. La primera de ellas, que él denomina *tesis de la ley* sostiene que el concepto de derecho tiene que ser definido a través del concepto de ley; en la actualidad esta tesis no es sostenida por nadie, hoy es admitido por todos los positivistas que además del derecho legal existen el derecho consuetudinario y el derecho judicial.<sup>73</sup>

Conforme a la segunda, llamada *tesis de la neutralidad*, el concepto de derecho debe ser definido a partir de criterios puramente formales, ello es, neutros con respecto de su contenido (*positivismo metodológico o conceptual*); ésta es, en efecto, una tesis positivista;

<sup>64</sup> BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993, pp.227-228.

<sup>65</sup> NINO, Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Editorial Ariel., S. A., Barcelona, 9ª edición, 1999, p. 30.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p 33-35.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p 36.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p 37.

<sup>71</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, Traducción de Jorge M Seña, editorial Gedisa, Barcelona, segunda edición, 1997, p. 13-14. Y, BULYGIN, E. "Is There a Conceptual Connection Between Law and Morality?", En: AARNIO A, PIETILÄ K y UUSITALO (eds.) *Interests Morality and the Law*, Tampere, Research institute for Social Sciences, 1996, pp. 144 y ss.

<sup>72</sup> HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, Gedisa, 1992, p. 9.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 11.

de modo que desde la perspectiva de la definición del derecho, éste puede tener cualquier contenido por muy injusto que sea, siempre y cuando esté conforme con los criterios de validez del respectivo orden jurídico.<sup>74</sup>

La tercera tesis o *tesis de la subsunción*, que defiende la idea de que la aplicación del derecho se realiza siempre mediante una subsunción del supuesto de hecho en la norma, fue, en sus inicios, acogida por el positivismo, pero hoy es considerada como refutada por los más importantes teóricos.<sup>75</sup> La tesis cuarta o *tesis del subjetivismo* afirma que los criterios de derecho *recto* no son de naturaleza objetiva sino subjetiva (*escepticismo ético*). Ahora bien, Hoerster afirma que esta tesis no hace parte del núcleo esencial del positivismo jurídico; al igual que Nino, señala que no es contradictorio, desde la perspectiva positivista, creer en la existencia de principios objetivos o criterios válidos de lo que es el derecho *recto* o *correcto*; es decir, de lo que debe ser un derecho justo o razonable y considerarlos como parte de una *ética jurídica*; lo que no es admisible es considerarlos criterios definitorios del derecho efectivamente vigente.<sup>76</sup> La tesis quinta, *tesis del legalismo*, plantea que las normas de derecho deben ser obedecidas en todas las circunstancias (*positivismo ideológico*). Al igual que Nino, Hoerster reconoce que esta tesis por lo menos no ha sido sostenida por los más importantes positivistas entre los que se cuentan Kelsen y Hart, como ha quedado suficientemente ilustrado.<sup>77</sup>

Para Hart, es evidente que la expresión “positivismo jurídico” no tiene un único significado,<sup>78</sup> pero existen tres tesis que son compartidas por los más importantes teóricos del positivismo jurídico: la primera es la *tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral*; la segunda es la *tesis de las fuentes sociales*

*del derecho*; y la tercera *la tesis de la discrecionalidad jurídica*. La primera tesis usualmente se denomina *tesis de la separabilidad* y según ella el derecho y la moral pueden ser independientemente identificados y analizados<sup>79</sup> o, como sostiene Austin<sup>80</sup> y después Hart, no hay conexión conceptual necesaria entre el derecho que es y el que debe ser (moral)<sup>81</sup>.

La *tesis de la separabilidad* (tesis analítica) no puede confundirse con la *tesis de la separación*, según la cual el derecho y la moral son fenómenos empíricos distintos.<sup>82</sup> La generalidad de los positivistas, admiten que el derecho y la moral interactúan en la sociedad<sup>83</sup> y de hecho puede existir una relación compleja entre el derecho y la moral, desde un punto de vista empírico,<sup>84</sup> pero tales conexiones no son necesarias lógicamente ni conceptualmente sino contingente.<sup>85</sup>

La *tesis de la separabilidad* es compatible con un sistema jurídico que incluya y dote de estatus jurídicos a ciertas pautas morales, como los catálogos de derechos y libertades individuales, que son reconocidos por los tribunales como criterios de validez jurídica, pudiendo incluso invalidar los actos de los legisladores que no estén conforme a tales principios; pero en estos casos la relevancia jurídica de los principios morales es algo contingente y depende de que de hecho hayan sido incorporadas en un sistema jurídico por

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>77</sup> *Ibid.* p. 17.

<sup>78</sup> BETEGÓN, Jerónimo y otros. *Lecciones de teoría del derecho*. Madrid: Ediciones McGraw-Hill, 1997, pp. 78-80.

<sup>79</sup> COLEMAN, J. “Negative and positive positivism”. En: *Journal of legal Studies*, No. 11, 1982, pp. 139

<sup>80</sup> “La existencia del Derecho es una cosa; su mérito o demérito otra” (AUSTIN, J. *The Province of jurisprudence Determined*, 1861, 184).

<sup>81</sup> HERBERT, Hart. Positivism and the Separation of Law and Morals”. En: *Harvard Law review*, num. 71, 1958, pp. 593-601.

<sup>82</sup> RODENAS Ángeles. ¿Qué queda del positivismo jurídico? En: *Revista DOXA*, num. 26 2003 p. 447

<sup>83</sup> CAMBELL, Tom. “El sentido del positivismo jurídico”. En: *Revista DOXA*, num. 25 2002, p. 309

<sup>84</sup> HART, H. L. *Law, liberty and Morality*, Stanford: Stanford Univ. Press, 1963, p. 20.

<sup>85</sup> HART, H. *El nuevo desafío del positivismo*. Traducción, Liborio HIERRO, Francisco LAPORTA y Juan R. PÁRAMO. Original inédito, Sistema, núm. 36, Mayo de 1980, p.4

La inclusión de la moral en el derecho y la encrucijada actual del positivismo jurídico

cualquiera de los medios establecidos y no de que sean moralmente correcto o aceptables.<sup>86</sup>

La segunda tesis también se identifica con *la tesis de las fuentes sociales* que afirma que la existencia y contenido del derecho depende de hechos sociales complejos, de una práctica social observable y verificable, que es en últimas la que determina las fuentes últimas o los criterios (test) últimos de validez jurídica (uno de esos criterios lo constituye las normas puestas en vigor por el legislador, pero no es la única, también deben incluirse la costumbre y el precedente);<sup>87</sup> en consecuencia, el derecho es producto de las acciones de los seres humanos y, por tanto, una realidad convencional.<sup>88</sup>

La *tesis de las fuentes sociales* nos remite a la regla de reconocimiento que, en tanto como regla social, supone la existencia de una conducta convergente aceptada desde el punto de vista interno.<sup>89</sup>

La tercer tesis es la *discrecionalidad*; a ésta ya hemos hecho alusión en el cuerpo de este escrito y podemos sintetizarla diciendo que ésta afirma: que siempre existirán casos no previstos o no regulados legalmente y que en esos casos el juez debe usar su discrecionalidad y crear derecho aunque esa discrecionalidad está limitada por el propio ordenamiento jurídico.<sup>90</sup>

Hart considera que la teoría de la adjudicación de Dworkin, ataca las tres tesis centrales del positivismo y no sólo la tesis de la discrecionalidad<sup>91</sup>; sin embargo, para Hart, no hay razón para no admitir que una regla de reconocimiento pueda prever el uso del

procedimiento hercúleo dentro de los criterios que proporciona para identificar el derecho, convirtiendo en relevante el argumento y el juicio moral para identificar éste; pero la incorporación de los principios morales constituiría un hecho contingente de incorporación de principios morales en un sistema jurídico y en ningún caso necesario.<sup>92</sup> La anterior tesis es compatible, según Hart, con la tesis de la *separación conceptual* necesaria entre el derecho y la moral (tesis de la separabilidad) y la tesis de que la identificación y estatus de cualquier regla siempre puede ser reconducida a una fuente social (tesis de las fuentes sociales).<sup>93</sup> Esta última consideración de Hart se convertirá en el punto de partida de los positivistas incluyentes actuales.

### 3.5 El problema de la inclusión de la moral en el derecho

El desarrollo actual del positivismo jurídico ha intentado dar respuesta a las fuertes objeciones de aquellos distinguiendo entre positivismo simple (Hart), positivismo excluyente e incluyente, y sofisticando de tal manera sus argumentos que en ocasiones no permiten distinguirlos de los propios antipositivistas.<sup>94</sup>

El positivismo jurídico excluyente o duro (Raz) sostiene que es conceptualmente incoherente incluir o hacer referencia a la moral

<sup>86</sup> *Ibid.*, pp. 5-6.

<sup>87</sup> HART, H. *Op. Cit.* pp. 4 y 6.

<sup>88</sup> BAYON, Juan Carlos. “El contenido mínimo del positivismo jurídico”, en V. Zapatero (ed.), *Horizontes de la filosofía del Derecho: Homenaje a Luis García San Miguel*, Ediciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2002, vol. II, p. 36

<sup>89</sup> COLEMAN, J. “Second Thoughts and Other First Impressions”, En: BRIAN, Brix (Ed). *Analyzing law. Essays in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 262.

<sup>90</sup> HART, H. *Op. cit.* p. 4 y 7.

<sup>91</sup> HART, H. *Op. cit.*, p. 10.

<sup>92</sup> “Pero a menos que sea verdad que los jueces en algún sentido *deben* emplear este método de decisión en los casos difíciles, continúa siendo meramente un rasgo contingente del derecho que se da en aquellas jurisdicciones en las que la Regla de Reconocimiento establecida en la práctica judicial prevé su uso. En tal caso, la conexión entre derecho y moralidad no sería conceptual sino debida a las fuentes sociales del derecho que incorporan esa moralidad” (HART, H. *Op. cit.* p.11).

<sup>93</sup> “Sólo sí los principios morales fueran relevantes para la argumentación jurídica *proprio vigore*, es decir, no por su incorporación contingente, sino por sus cualidades morales o rectitud intrínsecas, su relevancia refutaría la tesis principal del positivismo y establecería la conexión conceptual entre el derecho y la moralidad en que insiste Dworkin” (HART, H. *Op. cit.* p.11).

<sup>94</sup> WALUCHOW, Wilfrid J. *Positivismo Jurídico Incluyente*. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp.15-16

en la regla de reconocimiento de un sistema jurídico<sup>95</sup>; por consiguiente, la identificación, existencia y el contenido del derecho nunca pueden depender de criterios de moralidad o de juicios de valor moral sino de hechos sociales exclusivamente<sup>96</sup> Raz distingue entre un razonamiento para establecer el contenido del derecho y un razonamiento con arreglo al derecho.<sup>97</sup>

La primera forma de razonamiento hace alusión a la tesis de las fuentes del derecho y en él no hay campo para la evaluación moral. Ahora bien, una vez completado este tramo, es posible que lo que el intérprete concluya de ese razonamiento es el otorgamiento de discrecionalidad de los jueces para que decidan según consideraciones morales.<sup>98</sup>

La segunda forma de razonar ocurre cuando el juez tiene discrecionalidad para apartarse de las pautas jurídicas identificadas según la tesis de las fuentes y aplicar razones morales. La diferencia entre positivismo excluyente y el anterior, radica en que mientras el positivismo simple ve en esto una trasgresión a las normas, el excluyente es una excepción introducida y avalada por el mismo derecho.<sup>99</sup>

El positivismo incluyente, admite, por el contrario, que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico pueda incluir estándares morales sin incurrir en inconsistencia o

contradicción.<sup>100</sup> Ahora bien, a pesar que el positivismo incluyente da cabida a las consideraciones morales, no renuncia a la tesis de la separación conceptual necesaria entre el derecho y la moral<sup>101</sup> ni a la tesis de las fuentes sociales; por consiguiente, la identificación del derecho de una comunidad es una cuestión de hechos sociales complejos que pueden remitir a criterios autoritativos fijados en un sistema de fuentes o a determinados estándares morales.

En el anterior sentido, el positivismo jurídico incluyente admite que la moral política que se utiliza para criticar, justificar y evaluar las instituciones sociales y sus productos, juegan un papel fundamental en la determinación de la existencia y contenido del derecho válido.

Según Waluchow, al admitir la moral en la determinación del derecho, el positivismo jurídico incluyente corre el riesgo de confundirse con la teoría del derecho natural<sup>102</sup>, no obstante, el positivismo incluyente no afirma, como si lo hacen los antipositivistas, que ciertas normas formen parte del derecho en virtud de su valor moral, tampoco afirma, y esto lo diferencia del positivismo duro, que la identificación de una norma como derecho dependa sólo de la existencia de convenciones. El incorporacionismo lo que afirma es que la identificación del derecho puede depender tanto de la corrección moral como de la existencia de convenciones.<sup>103</sup>

El *incorporacionismo*,<sup>104</sup> es una variante del positivismo incluyente y afirma que la tesis de las fuentes sociales debe ser rechazada en la forma en que la concibe el positivismo excluyente y que ésta puede ser dividida en dos tesis independientes. La primera afirma

<sup>95</sup> RAZ, Joseph. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, 1979, p. 50. hay traducción en español: *La autoridad del derecho. ensayos sobre derecho y moral*. Traducción y notas de Roldando Tamayo y Salmoran, Universidad Nacional Autónoma de México. México D. F., segunda edición, 1985. p. 55 y ss.

<sup>96</sup> RODENAS Ángeles. *¿Qué queda del positivismo jurídico?* En: *Revista DOXA*, num. 26 2003, p. 418 y BAYON, Juan Carlos. *Op. cit.* p. 57.

<sup>97</sup> RAZ, Joseph. "On the Autonomy of legal reasoning". En: *Ethic in the public domain*, Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 310 y ss. hay traducción en español, RAZ, J. "La autonomía del razonamiento jurídico. En: *La Ética en el Ambito de lo público*. Editorial Gedisa, primera edición, 2001, Barcelona, pp. 348 y ss.

<sup>98</sup> BAYON, Juan Carlos. *Op. cit.* p. 64.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>100</sup> RODENAS Ángeles. *Op. cit.* p. 445.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 418.

<sup>102</sup> WALUCHOW, Wilfrid J. *Positivismo jurídico incluyente*. Ediciones marcial Pons, Madrid, 2007, p. 17.

<sup>103</sup> BAYON, Juan Carlos. *El contenido Mínimo del Positivismo jurídico. Op. cit.*, p. 47.

<sup>104</sup> COLEMAN, J. "Negative and positive positivism". En: *Journal of legal Studies*, No. 11, 1982, p. 139-162.

La inclusión de la moral en el derecho y la encrucijada actual del positivismo jurídico

que los criterios para determinar si una norma es o no parte del derecho, no tiene que ver con su valor sino con su fuente; la segunda, que los criterios que se establezcan para saber si una norma es o no parte del derecho son convencionales<sup>105</sup>.

De lo anterior se sigue que mientras la primera tesis es verdadera, la segunda es contingente, porque perfectamente podría existir una convención que haga depender el carácter jurídico de una norma de su valor; esto le permite admitir a los incorporacionistas, que en sistemas jurídicos como los nuestros, existen normas morales que son parte del derecho en virtud de su valor, pero por el hecho contingente de que nuestra práctica incluye la convención de reconocerlas como derecho.<sup>106</sup>

### Conclusiones: crítica a las tesis centrales del positivismo jurídico

En ocasiones mantenemos sobre el positivismo una idea villana que concibe a esta teoría como moralmente ciega, intelectualmente retrograda y políticamente opresiva. Esta caricaturización del mismo se relaciona con su supuesto amoralismo al exigir obediencia absoluta de los ciudadanos y jueces a las leyes independientemente de su contenido moral<sup>107</sup>. Como se ha señalado en este cuerpo del trabajo, el positivismo jurídico actual está lejos de poder identificarse con esa visión del derecho. El positivismo jurídico comprende tres tesis: la denominada *tesis social* o *tesis de las fuentes sociales*, la *tesis de la separación*, y la *tesis de la discrecionalidad*. Ahora bien, lo que se ha denominado la crisis del positivismo jurídico en líneas generales afecta a la versión fuerte de la *tesis de la separación* y de la *tesis de las fuentes sociales*.

### Crítica a la tesis de la separación

La tesis de la separación es una tesis axiológica, conforme a la cual, como ya se ha dicho, una

cosa es la existencia del derecho y otra su mérito y, por ello, la afirmación de que algo es derecho no depende de que satisfaga determinados valores morales universales<sup>108</sup>. Esta última tesis, que se formuló como antítesis de la tesis básica del iusnaturalismo "*Lex injusta non est lex, sed corruptio legis*" constituye el fundamento de las otras dos tesis. Ahora bien, la tesis de la separación puede tener un sentido descriptivo o normativo.

Tiene un sentido meramente descriptivo, cuando es enunciado desde el punto de vista externo de un observador e implica la afirmación de que un sistema jurídico no requiere necesariamente estar vinculado a la moral positiva o a las creencias morales de alguna persona o grupo de personas. En este sentido la tesis implicaría: (a) que puede existir en una sociedad un sistema jurídico que no incluya entre sus normas creencias o reglas de moralidad positiva sea de una persona o de un grupo o de toda la sociedad; (b) que puede existir en una sociedad un sistema jurídico sin que exista en esa sociedad regla moral o creencia alguna de una persona o de un grupo de personas o de toda la sociedad que establezca la obligación de obedecer las normas jurídicas. Estas tesis tienen un carácter contra-intuitivo, pues parecen estar en contra de la experiencia común;<sup>109</sup> por el contrario, para alguno o la mayoría de sus destinatarios, todos los sistemas jurídicos que conocemos se caracterizan: (a) porque incluyen dentro de sus normas gran parte de las creencias o reglas que ellos conciben como morales y; (b) porque todos o algunos de sus destinatarios comparten una regla moral de obedecer (*prima facie* o absoluta) las normas jurídicas o a al menos gran parte de ella.<sup>110</sup>

La *tesis de la separación* tiene un sentido ético normativo en el caso de una formulación

<sup>105</sup> BAYON, Juan Carlos. *Op. cit.* p. 69.

<sup>106</sup> BAYON, Juan Carlos. *Op. cit.* p. 70.

<sup>107</sup> CAMBELL, Tom. "El sentido del positivismo jurídico". En: *Revista DOXA*, num. 25 2002, pp. 317

<sup>108</sup> MacCormick, Neil y Weinberger, Ota. (1986). *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, D. Reídle Pub. Co. (Kluwer), Dordrech, p. 128.

<sup>109</sup> HIERRO, Liborio L. "¿Por qué ser positivista?". En: *Revista Doxa* 25, 2002. p. 281.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 282.

hecha por un observador crítico, o por un participante no-aceptante, quien, desde el punto de vista moral propio o crítico, afirma que un sistema jurídico no requiere necesariamente estar en conexidad con algún tipo de creencias y/o alguna regla moral que él defienda. En este sentido la relación del derecho no es con la moral positiva o social sino con la moral crítica e implica: (a) que alguien puede afirmar sin caer en contradicción que existe un sistema jurídico que no incluye dentro de sus normas ninguna creencia y/o regla moral que él acepta; o (b) que alguien puede afirmar, sin caer en contradicción que existe un sistema jurídico sin que exista ninguna creencia o regla moral que él acepta que establezca la obligación moral de obedecerlo. A diferencia de las anteriores afirmaciones, éstas parecen confirmar la experiencia común.<sup>111</sup>

No obstante: (a) no parece plausible del todo, debido a que parece imposible que un sistema jurídico no incluya alguna norma con la que el participante no aceptante o el observador crítico no este moralmente de acuerdo, pero en este caso, lo relevante es que la tesis sostiene que sí se da alguna coincidencia, ésta es meramente contingente y no conceptualmente necesaria. Por el contrario; (b) parece más plausible, en la medida en que tanto el observador crítico como el participante no aceptante, pueden reconocer la existencia de un sistema jurídico y la coercibilidad jurídica de sus normas como un hecho social, a pesar de negar legitimidad moral a sus autoridades y obligatoriedad moral a sus normas. Con fundamento en lo anterior, puede decirse que la *tesis de la separación* es una tesis esencialmente axiológica y no ontológica, como comúnmente se entiende, y que ella puede traducirse en la afirmación de que la conexión o concordancia entre las normas jurídicas y las normas de una moral crítica es meramente contingente o circunstancial y sólo puede establecerse desde un punto de vista moral y no jurídico, de igual manera, que la obligación moral de obedecer a las normas jurídicas es asimismo contingente

y sólo puede establecerse desde un punto de vista moral y no jurídico.<sup>112</sup>

Ahora bien, a la *tesis de la separación* se le han planteado tres objeciones relevantes: Una primera objeción puede enunciarse a partir de la propia idea de Hart de *contenido mínimo de derecho natural* y que se opone a la tesis positivista de que el derecho puede tener cualquier contenido aunque parece que esta idea de Hart no es clara y en todo caso ella no conduce a inferir una conexión necesaria entre lo que es el Derecho y lo que es moral.

Una segunda objeción afirma que cualquier sistema jurídico debe satisfacer ciertos principios mínimos que constituyen la moral interna del derecho: generalidad, publicidad, no retroactividad, comprensibilidad, no contradictoriedad, posibilidad de cumplimiento, estabilidad y coherencia institucional (Fuller). De suerte que un sistema jurídico que cumpla con estos requisitos y que al mismo tiempo admita la esclavitud debería considerarse un sistema jurídico válido.

La tercera objeción es la de que los sistemas jurídicos modernos necesariamente incorporan gran parte de la moralidad positiva de los pueblos civilizados que coincide con ciertos contenidos de cualquier moral crítica racionalmente fundamentada y por ello son candidatos a obediencia *prima facie* racionalmente fundada. La tesis de Dworkin, también coincide en partes con esta objeción.

### Crítica a la tesis de las fuentes sociales

La *tesis de las fuentes sociales* es una tesis epistemológica y ontológica.<sup>113</sup> Conforme a ella es positivista toda concepción filosófica que considere que el derecho es un fenómeno de origen social y sus fuentes son convencionales o las decisiones humanas<sup>114</sup> (tesis fuerte); y

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 281.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 284.

<sup>113</sup> HIERRO, Liborio L. *Op. cit.*, p. 279.

<sup>114</sup> “La existencia de leyes depende exclusivamente de que hayan sido establecidas mediante decisiones humanas” (MacCormick, Neil y Weinberger, Ota. (1986). *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Pub. Co. (Kluwer), Dordrech, p. 129).

además, quien considere que la existencia de un sistema jurídico es un hecho observable y puede enunciarse con una proposición descriptiva y veritativa y quien considere que la existencia de una norma jurídica, a pesar de no ser un hecho observable, pueden enunciarse por medio de proposiciones descriptivas y por ello veritativa (tesis débil).<sup>115</sup>

La versión fuerte de la tesis de las fuentes sociales puede considerarse una interpretación radical de la tesis hartiana de acuerdo con la cual la existencia y el contenido del derecho de una comunidad depende de un conjunto de hechos sociales materializadas en un conjunto de acciones de los miembros de la sociedad que pueden ser descritos sin recurrir a la moralidad ni a juicio evaluativo alguno, y que el positivismo identifica con la regla de reconocimiento que se expresa en una práctica social.

Ahora bien, en nuestra forma de vida nos hallamos con formas distintas de prácticas sociales las prácticas siquiátricas, medicas, cada una de ellas regida por un sin número de reglas que pueden describirse y reconducirse a criterios últimos. En el caso del derecho puede hacerse una descripción de las diversas prácticas convergentes; pero también esa práctica como cualquier otra práctica puede valorarse con arreglo a principios.

Toda práctica social responde a principios o fines y, por tanto, puede describirla y puede también evaluarse con arreglo a esos principios, valores o fines que la justifican. Una práctica social es un medio para alcanzar fines, para realizar valores, una practica social no es un fin en sí mismo siempre quiere alcanzar un estado de cosas; el derecho es una práctica social pero lo es también la moral; de suerte que la discusión entre sí la descripción de esa práctica, que permitiría elaborar un concepto de derecho independiente de sí se considera correcta o no (moralidad) es el derecho valido o sí el modelo con el que se juzga esa práctica social es el derecho correcto

es una discusión irresoluble porque están discutiendo cuestiones diferentes.

En tanto, práctica social el derecho depende de un montón de circunstancias históricas y culturales que le pueden hacer diferente. Al igual que la moral, el derecho puede cambiar según las dinámicas sociales, los hechos políticos, económicos, culturales. La descripción del Estado actual de esa práctica puede hacerse a través de una cantidad de instrumentos metodológicos y conceptuales, y esa descripción puede o no reflejar con cierta eficiencia y precisión la práctica del derecho. Pero por ese caso tenemos que concluir que ese es el derecho válido. La categoría de validez pertenece a un mundo totalmente distinto del mundo de los hechos (Kelsen) y no podemos derivar un deber ser de un ser. El mismo Hart admite que de la regla de reconocimiento no se puede predicar validez porque ella es un hecho esencialmente; por consiguiente, la regla de reconocimiento lo que hace es describir una practica, la práctica del derecho, la forma como en una sociedad dada se identifica, se modifica, se interpreta y se aplica el derecho.

Ahora bien, como se puede inferir la regla de reconocimiento que no produce el derecho, ni establece los criterios para determinar el derecho válido, ella es una descripción de una práctica, pero no te puede decir por qué razón dentro de esa práctica determinadas reglas son consideradas derecho. La regla de reconocimiento es establecida en la práctica judicial, ello quiere señalar que primero es la práctica y después la regla de reconocimiento, no es más que la descripción de esa práctica; pero como de esa descripción se puede inferir deberes, la regla no es en realidad una regla porque no prescribe nada, es la descripción de un hecho.

Finalmente, por momentos me parece que la teoría de Dworkin y de Hart no son tan incompatibles en la práctica, aunque conceptualmente aparenten tener muchas diferencias. Por ejemplo, si un juez decide un caso apelando a la moral social o a la moral

<sup>115</sup> HIERRO, Liborio L. *Op. cit.* p. 280.

liberal porque no encuentra una respuesta clara en el ordenamiento jurídico; sería importante para el juez o para el abogado o para el ciudadano que el caso se decidió de esa manera apelando a consideraciones morales, porque estas eran conceptualmente contingentes o necesarias; si al fin y al cabo las consecuencias son las mismas.

La Corte Constitucional colombiana llegaría a consecuencias diferentes si admite que el uso que está haciendo de los principios morales es contingente o no; realmente que es lo relevante en esta discusión, la *tesis de la separación conceptual* parece ser una tesis sin sentido, pues lo relevante no es si el uso que se hace de los principios morales en la resolución de los casos difíciles es contingente o necesario sino el uso mismo y las consecuencias que se desprenden de ese uso. Por otra parte, la *regla de reconocimiento* puede incluir como criterio de identificación del derecho a ciertos principios morales o políticos; pero lo más importante de los principios, como ya se ha visto, no es la identificación formal sino la identificación de su materia y contenido.

Un antipositivista podría suscribir todas las tesis del positivismo incluyente y no ser inconsistente con las consecuencias que se derivan de tal postulado; sin embargo, un positivista incluyente si bien puede suscribir todas las tesis, no puede ser consistente con las consecuencias que se derivan y es que, en últimas, la identificación del derecho depende de consideraciones materiales no preestablecidas, de conceptos que caen en el ámbito de la moral y política.

La discusión entonces no es sobre ¿Qué es el derecho? Es posible para un antipositivista admitir que el derecho son las reglas positivas, la cuestión entonces es ¿Por qué debo obedecer al derecho o cuándo y en qué condiciones debo obedecerlas? ¿Por qué debo admitir como vinculantes las normas creadas mediante decisiones humanas? ¿Debo obedecer un derecho defectuosos o inmoral?; Por otra parte ¿Se puede derivar de la tesis de *las fuentes sociales* la obligación de obedecer el

derecho o ella es sólo una tesis descriptiva, no normativa? ¿Debe entonces distinguirse entre la existencia del derecho, su identificación y su validez y, por ello, puede admitir la existencia de un derecho que no obligue o la existencia de un derecho que no sea válido o que sea válido pero no obligue?

## BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral". En: VÁSQUEZ, Rodolfo (comp.), *Derecho y Moral*, Barcelona: editorial Gedisa, 1998.

\_\_\_\_\_. *Derecho y razón práctica*. México: Ediciones distribuciones Fontamara, 2ª reimpresión corregida, 2002.

\_\_\_\_\_. *El concepto y la validez del derecho*, Traducción de Jorge M Seña, editorial Gedisa, Barcelona, segunda edición, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002.

ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1999.

AUSTIN, John. *The Province of jurisprudence Determined*, 1861.

\_\_\_\_\_. "la delimitación del ámbito de la teoría del derecho". En: CASANOVAS, Pompeu y otros. *El Ámbito de lo jurídico*, lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo, editorial Crítica, 1994.

BAYON, Juan Carlos. "Derecho, convencionalismo y controversia". En: NAVARRO, Pablo E. y REDONDO, María C. (comp.) *La relevancia del derecho*. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política. Barcelona: Editorial Gedisa, 2002.

\_\_\_\_\_. "El contenido mínimo del positivismo jurídico". En: V. Zapatero (ed.), *Horizontes de la filosofía del Derecho: Homenaje a Luis García San Miguel*, Ediciones de la Universidad de Alcalá de Henares, 2002, vol. II.

BETEGÓN, Jerónimo y otros. *Lecciones de teoría del derecho*. Madrid: Ediciones McGraww-Hill, , 1997.

BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*, Editorial Debate, Madrid, 1993 NINO,

- Santiago. Introducción al análisis del derecho. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 9ª edición, 1999.
- \_\_\_\_\_. El problema del positivismo jurídico. México: Ediciones Distribuciones Fontamara, octava reimpresión, 2004.
- BULYGIN, E. "Is There a Conceptual Connection Between Law and Morality?", En, AARNIO A, PIETILÄ K y UUSITALO (eds.) *Interests Morality and the Law*, Tampere, Research institute for Social Sciences, 1996.
- CAMBELL, Tom. "El sentido del positivismo jurídico". En: *Revista DOXA*, num. 25 2002.
- \_\_\_\_\_. "El sentido del positivismo jurídico". En: *Revista DOXA*, num. 25 2002.
- CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Bogotá D.C: Ediciones Doctrina y Ley, 2008.
- COLEMAN, J. "Negative and positive positivism". En: *Journal of legal Studies*, No. 11, 1982.
- \_\_\_\_\_. "Second Thoughts and Other First Impressions", En, BRIAN, Brix (Ed). *Analyzing law. Essays in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. Barcelona: Editorial Gedisa, segunda reimpresión, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel S. A., Barcelona, 4ª reimpresión, 1999.
- HART, H. "El cielo de los conceptos de Ihering y la jurisprudencia analítica moderna". En: CASANOVAS, Pompeu y MORESO, José J. *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Editorial Crítica, 1994.
- HART, H. *El concepto de derecho*, Traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.
- \_\_\_\_\_. *El nuevo desafío del positivismo*. Traducción, Liborio HIERRO, Francisco LAPORTA y Juan R. PÁRAMO. Original inédito, Sistema, núm. 36, Mayo de 1980.
- \_\_\_\_\_. *Law, liberty and Morality*, Stanford: Stanford Univ. Press, 1963.
- HERBERT, Hart. "Positivism and the Separation of Law and Morals". En: *Harvard Law review*, num. 71, 1958.
- HIERRO, Liborio L. "¿Por qué ser positivista?". En: *Revista Doxa* 25, 2002.
- HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, Gedisa, 1992
- KELSEN, H. *Teoría pura del derecho*. Grupo editorial Éxodo, México D. F., 2006.
- \_\_\_\_\_. *Teoría Pura del Derecho*. Introducción a la ciencia del derecho. Novena edición, Traducción de Moisés Nilve, eudeba editorial universitaria de Buenos Aires, 1970.
- MACCORMICK, Neil y WEINBERGER, Ota. *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivis.*, D. Reídle Pub. Co. (Kluwer), Dordrech, 1986.
- MARTÍNEZ ROLDAN, Luis y otro. *Curso de teoría del derecho y metodología jurídica*, editorial Ariel, S. A. 1994.
- RAZ, Joseph. "On the Autonomy of legal reasoning", En, *Ethic in the public domain*, Oxford, Oxford University Press, 1994, (traducción en español, RAZ, J. "La autonomía del razonamiento jurídico, En, *La Ética en el Ámbito de lo público*. Editorial Gedisa, primera edición, 2001, Barcelona).
- \_\_\_\_\_. *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, 1979 (traducción en español: *La autoridad del derecho. ensayos sobre derecho y moral*. Traducción y notas de Roldando Tamayo y Salmoran, Universidad Nacional Autónoma de México. México D. F., segunda edición, 1985.
- RIDDALL, J. G. *Teoría del derecho*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2000.
- RODENAS Ángeles. "¿Qué queda del positivismo jurídico?" En: *Revista DOXA*, num. 26 2003.
- RODENAS Ángeles. "¿Qué queda del positivismo jurídico?" En: *Revista DOXA*, num. 26 200.
- SEGURA ORTEGA, Manuel. *La racionalidad jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.
- SORIANO, Ramón. *Compendio de teoría general del derecho*, Barcelona: Ariel Derecho, 2ª edición, 1993.
- SQUELLA, Agustín. *Positivismo jurídico, democracia y derechos humanos*. México: Ediciones distribuciones Fontamara, segunda edición, 1998.
- WALUCHOW, Wilfrid J. *Positivismo Jurídico Incluyente*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

