



LOS PROBLEMAS FILOSÓFICOS DEL CONCEPTO DE SISTEMA Y LA VALIDEZ DEL DERECHO SEGÚN EL POSITIVISMO JURIDICO

Yezid Carrillo De La Rosa¹

Correspondencia: Carrillo – De La Rosa, Yezid en: yezidcarrillo@gmail.com.

CvLac

http://201.234.78.173:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0000319074

RESUMEN

En este ensayo trata sobre la idea de sistema jurídico y sobre los problemas que se derivan de su conceptualización. Inicialmente se lleva a cabo una aproximación a la idea de sistema jurídico presente en las tradiciones iusnaturalistas y positivistas anteriores al siglo XX, muy a pesar de no haber sido objetivada como un problema teórico en ellas el concepto de sistema jurídico; posteriormente, mostramos la forma como en la historia del pensamiento jurídico se configuró la idea de ordenamiento jurídico, para luego entrar a precisar los problemas teóricos que surgen de la configuración misma; entre otros, los de la coherencia, plenitud, unidad y validez del derecho; finalmente llevamos a cabo una crítica a estas importantes nociones.

Palabras Claves

Sistema jurídico, validez del derecho, positivismo jurídico, antinomias, lagunas.

ABSTRACT

¹ Abogado. Licenciado en Filosofía y Letras. Especialista en Ética y Filosofía Política. Especialista en Derecho Público. Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Doctorando en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena y de Cátedra en el Programa de Derecho Cartagena de la Corporación Universitaria Rafael Núñez.

This essay deals with the idea of legal system and the problems arising from its conceptualization. Initially carried out an approach to the idea of this legal system in natural law and positivist traditions before the twentieth century, in spite of not being objectified as a theoretical problem in them the concept of legal system, then we show how as in the history of legal thought the idea was configured legal system, then enter clarify the theoretical problems that arise from the same settings, among others, the consistency, completeness, unity and validity of law, and finally we perform a critique of this important notions.

Keywords

Legal system, validity of the law, legal positivism, antinomies, lagoons.

INTRODUCCION

En la filosofía del derecho contemporáneo, el concepto de sistema ha constituido una categoría central en el análisis del fenómeno jurídico. Éste engloba, entre otros, el problema de la coherencia, de la plenitud y de la unidad y validez del derecho tema que en últimas el de la cuestión de porqué el derecho obliga, pues, afirmar que el derecho es un sistema, equivale a declarar la posibilidad de identificar la naturaleza del mismo y a justificar la obediencia al orden jurídico². Este trabajo pretende discutir sobre esos problemas y hacer una presentación de la forma como los mismos se ha desarrollado en la filosofía y la teoría del derecho contemporánea.

1. LA IDEA DE SISTEMA EN LAS TRADICIONES DEL PENSAMIENTO JURÍDICO

² BASTIDAS F., Xacobe. *El silencio del emperador*. Universidad Nacional de Colombia, Colección Teoría y justicia, 2002. p. 3.

Como ya se ha señalado, ni en la tradición iusnaturalista en sus diversas versiones, ni en el positivismo jurídico decimonónico el concepto de ordenamiento o sistema jurídico constituía un tópico fundamental de discusión o reflexión, como si aparece en el pensamiento kelseniano y pos-kelseniano; no obstante, la idea de sistema jurídico estuvo presente tanto en la tradición iusnaturalista racionalista como en el positivismo decimonónico.

1.1. La idea de sistema jurídico en el iusnaturalismo

Es común a la tradición iusnaturalista concebir el derecho como un sistema de carácter deductivo en donde las proposiciones particulares se deducen de unas más amplias contenidas en principios inmutables, de suerte que la identificación del derecho válido surge de la constatación que pueda hacerse de la correspondencia de éste con los valores o ideas trascendentales de las cuales se han inferido, lo que implica que la sistematicidad del derecho se revele atada al referente axiológico o ideal.

De acuerdo con A. Kaufmann y otros. (1992). Para Heráclito, por ejemplo, si bien las cosas surgen de sus contrarios, todo acontecimiento es regido por una ley o razón cósmica que él denomina logos y con la cual debe corresponderse; a excepción de los sofistas el pensamiento griego mantendrá esta idea de correspondencia. En el medioevo, la articulación viene dada por la relación vertical que se establece entre, ley divina, ley natural y ley humana. La correspondencia entre las mismas es lo que garantiza la unidad y la validez normativa de las piezas del sistema; por su parte, el iusnaturalismo moderno, influido por el concepto racionalista de ciencia, erigirá a la razón humana como fundamento del derecho correcto y justo, y será esa posibilidad de reconducir las normas de derecho positivo a la razón la que garantizará su aceptación como derecho válido y, por ende, su vinculación al sistema. Según lo expresado por Bastidas F. (2002). La ley positiva no se muestra ni soberana, ni autónoma, pues la ley natural es la que

determina el contenido y la existencia del derecho, y si el derecho conforma un sistema unitario es porque todas las normas positivas se pueden reconducir a un postulado auto-evidente sobre el que se apoya el entramado de normas. Kelsen identifica los sistemas de derecho naturales, al igual que los sistemas morales, con los sistemas nomo-estáticos, que se caracterizan por que fundan la validez o coherencia de la norma en el contenido de las mismas, las normas valen porque son justas, bondadosas o razonables en su contenido y porque éste puede ser subsumible o deducible del contenido de una norma anterior.

1.2. La idea de sistema jurídico en el positivismo decimonónico

Con el surgimiento del Estado y la consiguiente monopolización y racionalización de las fuentes del derecho, lo jurídico aparece como el producto histórico de una voluntad humana y soberana y no como materialización y concreción de otro orden, el moral; la razón de la obediencia y validez del derecho se halla ahora en que lo mandado o prohibido ha sido puesto (positivo) por el soberano, quien asume ahora todos los atributos divinos. Para los teóricos del Estado, el derecho constituye un orden o sistema, por que las normas se puedan reconducir a una fuente originaria y legítima que lo crea: la voluntad superior y soberana.

El positivismo jurídico del siglo XIX se desarrolla sobre la base de la separación del derecho positivo de los derechos morales. En Francia la codificación simboliza la reunión de todas las leyes que rigen la organización social en una sola entidad; El código simboliza una estructura unitaria racionalmente formada y fundada en principios armónicos y coherentes que se basta a sí misma y que exige se vea el derecho como un orden autónomo y ajeno a toda trascendencia. Así lo entendieron los partidarios del movimiento codificador y de la Escuela de la Exégesis para quienes el derecho era un sistema cerrado, perfectamente acabado y definido, y recopilado en el Código de Napoleón. En Alemania, en donde la

codificación era apenas una ilusión, el pensamiento jurídico, influenciado por Savigny y la escuela histórica alemana, por el contrario, el derecho constituirá un orden y tiene validez, siempre y cuando se puedan inferir de los datos o fenómenos de la realidad conceptos generales tal y como lo hacen las ciencias empíricas.

2. EL CONCEPTO DE SISTEMA JURÍDICO COMO PROBLEMA TEÓRICO-FILOSÓFICO

Según lo expresado por Dr. Norberto Bobbio. (1994). Como vemos en ninguna de las tradiciones anteriores se preguntó si el derecho constituía un sistema de normas, esta idea surge con Santi Romano y A. Hauriou quienes proponen el tema del *ordenamiento jurídico* como el eje central de sus reflexiones filosóficas. Así, Romano contrapone a la concepción del derecho como norma el concepto de derecho como institución, entendiendo por institución una sociedad organizada y ordenada. Para él, Tres son los elementos del concepto de derecho: la idea de sociedad, de orden y de organización³ y el derecho nacería en el momento en que un grupo social pasa de la fase inorgánica a la orgánica, es decir, a la institucionalización.⁴

Si bien HAURIOU y ROMANO fueron pioneros en el desarrollo de la teoría del ordenamiento jurídico, es Kelsen el encargado de mostrar la necesidad de apelar al concepto de sistema para identificar el derecho. El pensamiento anterior concebía el derecho como un añadido de enunciados, por ello sus análisis se orientaban a descubrir las propiedades o características básicas de las normas jurídicas aisladas sin tener en cuenta las relaciones que entre ellas se pudieran

³ la idea de sociedad por cuanto no hay sociedad sin que en ella no se manifieste el fenómeno jurídico; la idea de orden social, pues, toda expresión de lo social debe estar ordenada; ésta excluiría, de plano, la idea de arbitrio puro y simple o de mera fuerza material; finalmente, la idea de organización, debido a que, antes que norma el derecho es organización BOBBIO. Op. cit. p. 13.

⁴ Según BOBBIO, la *teoría institucionalista* reconoce en el derecho un fenómeno eminentemente social y considera que el elemento organizativo es el criterio fundamental para distinguir una sociedad jurídica de una sociedad no-jurídica. La teoría institucionalista fragmenta los fundamentos teóricos del paradigma vigente expuesto por la *teoría estatista del derecho* según la cual el único derecho válido es el producido por el Estado.

establecer. De acuerdo con el Dr. Luis Martínez Roldan & Jesús Fernández Suarez. (1994). Kelsen mostrará las insuficiencias de las mismas y señalará la nueva ruta para el análisis de lo jurídico. Ahora bien, la importancia de Kelsen no es sólo el haber propuesto el concepto de ordenamiento o sistema jurídico como categoría central del análisis filosófico del derecho; su mérito es también el de haber sistematizado toda la problemática en torno de éste. Según lo planteado por el Dr. Albert Calsamiglia. (1990). Kelsen sostuvo que el concepto de sistema jurídico involucraría tres características o problemas fundamentales: la coherencia, el carácter completo y la unidad de fundamento de validez. A partir de entonces, nos encontramos con tres problemas irresueltos y recurrentes para la teoría del derecho, ellos son: la coherencia, la plenitud y la unidad o validez del derecho.

3. EL PROBLEMA DE LA COHERENCIA Y LAS ANTINOMIAS EN EL SISTEMA JURÍDICO

La pregunta por la coherencia del ordenamiento jurídico nos remite a la cuestión de si las normas que integran el sistema jurídico, se revelan como una totalidad ordenada, como un conjunto de enunciados entre los cuales existe cierto orden o, por el contrario, existen entre ellas ciertas contradicciones que hacen que el intérprete deba apelar a criterios o principios adicionales para solucionarlos.

En los sistemas nomo estáticos (moral o iusnaturalista) las normas se relacionan entre sí del mismo modo en que se relacionan las proposiciones en el sistema deductivo, porque unas se deducen de otras y porque además sus contenidos se corresponden; la coherencia está garantizada en este sistema por razón de su materia. Por el contrario, en los sistemas nomo-dinámicos, como el derecho, las normas se derivan unas de otras a través de una delegación sucesiva de poder autorizada normativamente, la coherencia no está dada por el vínculo material sino formal de las normas.

Es sin embargo, posible hallar, en los sistemas jurídicos modernos, en los que existe una pluralidad de fuentes, dos normas jurídicas que tengan igual autoridad y validez y, sin embargo, se encuentren en contradicción. En este caso se presenta el fenómeno muy común hoy de la antinomia o conflicto normativo, esto es, eventos en que dos o más normas que regulan un mismo supuesto jurídico prescriben soluciones incompatibles entre sí, lo que plantea en principio un problema no sólo cognitivo sino jurídico, pues la aplicación de una, acarrea la violación de la otra.

La existencia de antinomias requiere el cumplimiento de ciertas condiciones: que exista incompatibilidad de los significados entre esas dos normas, que ambas normas pertenezcan al mismo sistema jurídico y que ambas normas en conflicto tengan el mismo ámbito de validez: temporal, espacial, personal y material; así, es imposible hablar de antinomia entre dos normas que pertenecen a ordenamientos jurídicos distintos, pues cada uno puede reclamar validez en el seno de sus propios ordenamientos. Con fundamento en estos ámbitos de validez y alcance entre las normas Bobbio siguiendo a Ross, distingue varios tipos de antinomia: total –total, parcial –parcial y total –parcial. Sin embargo, ya con anterioridad Kelsen había distinguido tres tipos de conflictos normativos: conflictos normativos bilaterales-unilaterales, conflictos normativos totales-parciales y conflictos normativos necesarios y posibles.

Producto de ello, la teoría general del derecho se ha encargado de proponer algunos principios o criterios que tienen como finalidad dar solución a los conflictos antinómicos; de ellos los más importantes son: el *principio jerárquico*, según el cual en caso de antinomia entre dos normas prevalece la superior; el *principio cronológico*, según el cual si existe conflicto o antinomia entre dos leyes prevalecerá la posterior sobre la anterior; el *principio de especialidad*, que instituye que en caso de conflicto entre dos normas la especial prima sobre la general; el *principio de competencia*, que opera en el caso muy común en el que la

Constitución atribuye a una forma jurídica específica (ley estatutaria, ley orgánica, etc.) la regulación exclusiva y excluyente de una determinada materia, de tal manera que una o varias materias sólo pueden ser normadas válidamente por la fuente o tipo normativo que prevé el Estatuto Superior y esas fuentes sólo se pueden utilizar para regular esas materias, so pena de que las normas emanadas sean declaradas inválidas. Este principio es el previsto por la Constitución española⁵; De acuerdo con el Dr. Ignacio de Otto. (1988). *principio o técnica de las reservas*, que a diferencia del anterior, en este caso, si bien ciertas materias sólo pueden ser reguladas por cierta clase de normas y no por otras, ello no excluye que esas normas puedan ocuparse también de materias distintas.

El Dr. Humberto Sierra Porto. (1998). Con arreglo a este último criterio, si existe una antinomia entre una norma que regula una materia reservada y otra norma, no se produce necesariamente la nulidad de la segunda como cuando se aplica el principio de competencia; en este caso, se hace necesario primeramente analizar si la contradicción es sobre la materia reservada, y si ello es así, se debe declarar la nulidad de la segunda en la parte en que ha invalidado la reserva; en caso de que la contradicción verse sobre materias no reservadas, las dos leyes se comportan, con respecto a esas materias, como lo harían dos leyes ordinarias y, por consiguiente, se deberá apelar a los demás principios. Este principio de la reserva es el que opera en el ordenamiento jurídico colombiano.

4. EL PROBLEMA DE LA PLENITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

De acuerdo con E. Alchourrón C & E. Bulygin. (1987). La existencia de un ordenamiento jurídico pleno o completo, que prevea soluciones para todos los conflictos jurídicos que puedan originarse, es una vieja aspiración nunca alcanzada y que la historia se ha encargado de refutar a cada instante; esto

⁵ "La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas" (Constitución Española, artículo 149.3)

explica acaso la afirmación de que la plenitud o completud, del ordenamiento jurídico es un ideal inalcanzable.

El dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico tiene su origen seguramente en la Edad Media con la recepción del derecho Romano (*Corpus Iuris*) al que los romanistas medievales consideraron como el derecho acabado, definitivo y completo; dado de una vez y para siempre al que no había que agregarle ni quitarle nada. Por su parte, A. Kaufmann. (1992). la escuela del derecho natural moderno modela el principio de plenitud sobre bases totalmente racionales. Mientras el Dr. R. soriano. (1993). el iusnaturalismo teológico defendió un contenido normativo relativamente abierto en función de la naturaleza, el derecho racionalista moderno propuso una tabla de preceptos definitivos que constituían un número de cláusulas o círculos cerrados sin fisuras ni posibilidades de evolución. Sin embargo, el dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico va a alcanzar su máxima elaboración teórica y conceptual con el movimiento codificador europeo que acaece entre los siglos XVIII y XIX, que concibió al código como la única fuente de derecho insuperable y completa, la que contenía todos los preceptos jurídicos necesarios elaborados racionalmente.

En tanto teoría, el dogma de la plenitud se desarrolló paralela con la monopolización del derecho por parte del Estado. Como ya lo habíamos señalado, el Estado moderno crece atesorando las fuentes de la producción jurídica; por consiguiente, admitir que el ordenamiento jurídico estatal no era completo, equivalía a introducir un derecho paralelo y romper con ese monopolio, que no respondía sólo a pretensiones cognitivas, sino también a intereses políticos y económicos. Si el Estado deseaba mantener ese monopolio del derecho, éste debe prever las respuestas posibles a todos los casos; fue éste el propósito último de las grandes codificaciones y del formalismo jurídico francés y alemán, de allí la tesis de que el juez debe juzgar de acuerdo con el derecho dado. Según Chaim Perelman. (1988), la exégesis en Francia procuró realizar el objetivo que se

propusieron los hombres de la Revolución Francesa: *reducir el derecho a la ley*. Para esta escuela, los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, por lo que los tribunales sólo tienen como función establecer los hechos o supuestos fácticos de los que se derivan consecuencias jurídicas. Establecidos los hechos, sólo resta una operación lógica sencilla de carácter silogístico en la cual el hecho se *subsume* en la norma, y de ésta se infiere la sentencia. No otro sentido tuvo el artículo 4º del Código de Napoleón, al prescribir que *el Juez no puede fallar so pretexto de oscuridad o insuficiencia de la ley*.

Ahora bien, con la aparición de las *corrientes sociológicas* del derecho y las críticas de las *concepciones socialistas* comenzarán a señalarse los límites y las debilidades de la codificación y del racionalismo de la Exégesis. Las *concepciones sociológicas* señalan la inoperancia y la insuficiencia del formalismo frente a la realidad social cambiante al mostrar la existencia de lagunas en el sistema de derecho y, por otra parte, sugerirán un pluralismo de fuentes de derecho. Las *concepciones socialistas* develan la falacia de la neutralidad e imparcialidad de la norma frente a los intereses sociales y las relaciones de poder, poniendo en evidencia los compromisos políticos de la ciencia jurídica formalista y de los dogmas como la completud, la coherencia y la claridad, pues el derecho no es valor independiente y neutro, sino una forma cultural en la que inciden primordialmente los modos y las relaciones de producción; un instrumento de presión y de opresión de las clases dominantes, lo que indicaría que la ciencia jurídica carecería de valor científico y tendría, por el contrario, valor ideológico.

5. EL PROBLEMA DE LA UNIDAD Y LA VALIDEZ DEL DERECHO

El problema de la unidad del ordenamiento jurídico nos remite al concepto de validez del derecho. En la tradición imperativista anglosajona y, más específicamente, en la jurisprudencia analítica del siglo XIX, se identificaba el derecho con lo que ordenará el soberano. La validez jurídica y la unidad del

ordenamiento jurídico dependen de que se pueda constatar empíricamente que la norma en cuestión fue establecida por un soberano que habitualmente es obedecido, como lo señala Austin. Por tanto, existe una obligación si existe una norma, la norma si hay un mandato y, el mandato, si existe la expresión de un deseo respaldado por la voluntad y la potestad de imponer coactivamente esa conducta en caso de desobediencia. El modelo de Austin propone un sencillo criterio fáctico que permite identificar al derecho válido; solo hay que responder la siguiente pregunta, qué ha mandado el soberano. La tradición anglosajona, al igual que todo el pensamiento positivista del siglo XIX, si bien resuelve el problema de la autonomía del derecho excluyendo toda referencia a la moral, crea un nuevo problema, pues si el derecho no es más que voluntad que se impone apelando a la coacción y al hábito, ¿cómo hacer para deslindar el derecho de la pura fuerza que se impone sin más? ¿Cómo hacer para distinguir el verdadero derecho de las meras órdenes del poder?

A diferencia de Austin, que ve en la norma un mandato, Kelsen no ve una voluntad real detrás de las normas. La separación metodológica entre *ser* y *deber ser* no permite derivar una norma (deber ser) de un hecho (ser); la validez de esta no puede hallarse en un *pacto o contrato social* ni en el reconocimiento de los destinatarios, ni en la mera constatación de que quien emitió la orden es un soberano, sino en otra norma anterior en el tiempo, jerárquicamente superior que a su vez se fundamenta en otra norma, hasta llegar a la norma última que fundamente el resto del sistema y que sirve de fundamento a la primera obligación positiva: la Constitución material. Según el Dr. Yesid Carrillo de la Rosa. (2008). La norma fundamental en Kelsen no sólo otorga validez a la primera norma jurídica del sistema sino, además, interpretar las normas como objetivamente válidas independientemente de las relaciones de fuerza explicables causalmente. Ahora bien, la norma fundamental no es una norma real y positiva, dictada por algún legislador humano o divino y tuvo muchas variaciones y, también, muchas críticas; especialmente por 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. 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.

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 resuelva 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; 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. 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.

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; otro defecto sería el del carácter estático de las reglas, debido a que no habría posibilidad de llevar a cabo un cambio deliberado de tales reglas; finalmente, la ineficacia de las normas (difusa presión social), pues en caso de violación de éstas no habría manera de resolver las disputas. 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. 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; 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; 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 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, porque no es sólo un hecho, es también es una regla consuetudinaria que se expresa en una práctica convergente. 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...”).

No obstante lo anterior, Hart. (1994). 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; 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; por ejemplo, es indiscutible que un automóvil es un vehículo, pero no parece tan clara en el caso de una bicicleta. Según Juan Carlos Bayón. (2002). 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); 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.

6. LA CRÍTICA ANTIPOSITIVISTA

Ronald Dworkin, (1999). A pesar de considerar que la teoría de Hart es mucho más refinada que la de Austin no admite en su totalidad sus tesis. Dworkin cree que el positivismo normativista parte de un presupuesto equivocado: la separación absoluta y necesaria entre la esfera de lo jurídico y la de la moral⁶, como

⁶ El debate entre HART y DWORKIN es mucho más amplio, como bien lo señala César Rodríguez, el debate se centra: a) en la regla de reconocimiento, b) en la existencia de reglas y principios en la teoría y la práctica jurídica, y c) en el problema de la discrecionalidad de los jueces en los casos difíciles, lo que implica, discutir en torno al poder creador del juez, los

consecuencia de ello, el positivismo entiende que el derecho de una colectividad consiste en una serie de normas especiales que la sociedad emplea para regular el comportamiento de los individuos y que puede identificarse con arreglo a ciertos criterios específicos que no tienen nada que ver con su contenido sino por sus fuentes o la forma como se aprobaron o modificaron. En oposición a Hart y al positivismo, plantea un concepto integrativo del derecho que involucra la coexistencia de normas, principios morales y directrices políticas. Dworkin reconoce que la versión del positivismo que propone Hart es mucho más compleja que la de Austin; no obstante, para Dworkin la versión positivista ofrece una visión fragmentada y reducida del derecho, porque si bien las normas pueden identificarse a partir de una prueba de origen o de una norma básica, ésta es insuficiente para determinar la pertenencia al sistema de los principios y directrices, pues a diferencia de aquellas, éstos no pueden identificarse por su origen sino por su peso específico en el caso concreto, es decir, por su capacidad persuasiva de la que el juzgador extrae las razones para decidir en un sentido determinado u otro. 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 pautas⁷; en consecuencia, 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 de dependa del sentido de adecuación presente en los problemas de cada período histórico. Los principios constituyen estándares al igual que las reglas, pero a diferencia de estas últimas no son

métodos de interpretación y la posibilidad de hallar respuestas correctas en el derecho. (Rodríguez, César, *Teoría del derecho y decisión judicial*, estudio preliminar en *La decisión judicial, El debate HART- DWORKIN*, Siglo del hombre editores.

⁷como 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 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)

aplicables de manera de disyuntivas, esto es, a la manera de todo o nada, pues no establecen consecuencias jurídicas que sobrevengan cuando no se cumplen las exigencias previstas por él; 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. Los principios proponen un problema de argumentación en el que juega un papel decisivo el razonamiento moral. Si se aceptara la tesis de Hart, los principios no podrían ser considerados como parte del sistema jurídico, en la medida en que la regla de reconocimiento identifica a las normas por su origen o fuente y, en la práctica, los principios no son reconocidos por los jueces por provenir de una autoridad sino por el contenido, porque los mismos se consideran justos, plausibles o razonables para solucionar una litis.

Al igual que Dworkin, Alexy critica los argumentos positivistas que defienden la tesis de la desvinculación y defiende la existencia de una relación conceptual necesaria entre el derecho y la moral (tesis de la vinculación). Para Alexy, dos son las propiedades del derecho: la coerción o fuerza y la corrección o rectitud. 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 al mostrar la contradicción performativa que se suscita cuando se afirma que "X es una república, soberana, federal e injusta". 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; 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. 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 esta 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. 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, y el del conocimiento y la justificación moral.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, C. E., BULYGIN, E. (1987) *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, p. 232.
- ALEXY, Robert. (2006). "La naturaleza de la filosofía del derecho", En, *Revista Doxa*, No. 26,
- BAYON, Juan Carlos. (2002). "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,

- BASTIDAS F., Xacobe. (2002). *El silencio del emperador*. Universidad Nacional de Colombia, Colección Teoría y justicia,
- BOBBIO, Norberto. (1994). *Teoría general del derecho*. Editorial Temis, Santafé de Bogota,
- CALSAMIGLIA, Albert. (1990). *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel derecho, Barcelona, p. 115.
- CARRILLO DE LA ROSA, Yezid. (2008). *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D. C.,
- DE OTTO, Ignacio. (1988). *derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel,
- DWORKIN, Ronald. (1999). *Los derechos en serio*. Editorial Ariel S. A., Barcelona, 4ª reimpresión, p. 68 y ss.
- KAUFMANN., A y otros. (1992). *Pensamiento jurídico contemporáneo*. Editorial Debate, Madrid.
- MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y Fernández Suárez, Jesús. (1994). *Curso de Teoría del derecho y Metodología jurídica*, Ariel derecho, Barcelona.
- MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis. (1988). *Nueva aproximación al pensamiento jurídico de Hans Kelsen*, Madrid, La ley.
- PERELMAN, Chaim. (1988). *La lógica jurídica y la nueva retórica*, editorial Civitas, Madrid,

- SIERRA PORTO, Humberto. (1998). *Conceptos y tipos de ley en la Constitución colombiana*. Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá,
- SORIANO, Ramón. (1993). *Compendio de teoría general del derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 2ª edición, p. 122.