



*Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"*

FILOSOFÍA DEL DERECHO

República de Colombia

FILOSOFÍA DEL DERECHO

PLAN NACIONAL DE FORMACIÓN
Y CAPACITACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA

FRANCISCO ESCOBAR HENRÍQUEZ
Presidente

JESAEI ANTONIO GIRALDO CASTAÑO
Vicepresidente

LUCÍA ARBELÁEZ DE TOBÓN
JOSÉ ALFREDO ESCOBAR ARAÚJO
CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ
HERNANDO TORRES CORREDOR
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

GLADYS VIRGINIA GUEVARA PUENTES
Directora



*Consejo Superior de la Judicatura
Sala Administrativa*

ESCUELA JUDICIAL
“Rodrigo Lara Bonilla”



**UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA**

PABLO RAÚL BONORINO
JAIRO IVÁN PEÑA AYAZO

FILOSOFÍA
DEL DERECHO

2^A EDICIÓN AUMENTADA

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
SALA ADMINISTRATIVA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

ISBN: 958-969-699-6

© PABLO RAÚL BONORINO

JAIRO IVÁN PEÑA AYAZO

© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2006

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 85 No.11-96 pisos 6 y 7.

www.ramajudicial.gov.co

Primera edición: mayo de 2006

con un tiraje de 3.000 ejemplares

Diseño de cubierta: Stephan Acuña Aguirre

Composición: Universidad Nacional de Colombia, Convenio 090 de 2004

Correctora de estilo: Dra. Gladys Jaimes de Casadiego

Diagramación electrónica: Olga Lucía Cardozo Herreño

Impresión

Universidad Nacional de Colombia

Unibiblos

dirunibiblo_bog@unal.edu.co

Bogotá, D.C., Colombia

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

CONTENIDO

PRESENTACIÓN DEL PLAN INTEGRAL DE FORMACIÓN ESPECIALIZADA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIO PENAL EN COLOMBIA	xiii
INTRODUCCIÓN	1
UNIDAD 1	
EL CONCEPTO DE DERECHO	5
IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO	5
I. Punto de partida: un caso difícil	6
II. El iusnaturalismo	10
A. Definición	10
B. Clasificación	11
III. El positivismo jurídico	12
A. Definición	12
B. Clasificación	13
IV. La disputa en el siglo XX	14
A. Iusnaturalismo tradicional: John Finnis	14
1. Bienes básicos	15
2. Razonabilidad práctica	16
3. Derecho natural y derecho positivo	18
B. Positivismo escéptico: Hans Kelsen	20
1. La Teoría Pura del Derecho	21
2. Validez y pirámide jurídica	23
3. Las críticas al iusnaturalismo	24
C. Positivismo metodológico: H. L. A. Hart	27
1. El concepto de derecho	28
2. Positivismo metodológico	30
D. Iusnaturalismo moderno: Ronald Dworkin	33
1. El debate con Hart	33
2. ¿Hay respuestas correctas en los casos jurídicos difíciles?	34
3. El derecho como integridad	36

UNIDAD 2	
NORMAS JURÍDICAS	41
DISTINCIONES CONCEPTUALES	41
I. ¿Qué es una norma?	42
A. Grupos principales de normas	42
B. Grupos menores de normas	43
II. ¿Qué es una norma jurídica?	44
A. Elementos de las prescripciones	45
B. Las normas jurídicas	48
1. Las normas jurídicas como reglas sociales	48
III. Normas y sistemas jurídicos	50
A. La sanción jurídica	51
B. El sistema jurídico	52
C. La diversidad de normas jurídicas	53
IV. Normas y principios	58
A. Diferencia lógica: la derrotabilidad	58
B. Diferencia funcional: el peso	60
C. La importancia teórica de la distinción	61

UNIDAD 3	
LA APLICACIÓN DEL DERECHO	64
DISCRECIONALIDAD JUDICIAL	64
I. La discrecionalidad judicial	64
A. Casos difíciles	65
B. Discrecionalidad en sentido fuerte y débil	66
C. ¿En qué sentido los jueces crean derecho?	68
II. Razonamiento judicial	69
A. Razonamiento jurídico y deducción	69
B. La sentencia judicial como una argumentación	70
1. Argumentación	73
2. Evaluación de argumentaciones	76
3. La argumentación judicial	77

UNIDAD 4	
CONOCIMIENTO, VERDAD	
Y PRUEBA JUDICIAL	80
PRESUPUESTOS FILOSÓFICOS	
DE LA ARGUMENTACIÓN PROBATORIA	80
I. La teoría procesal de la prueba	81
A. El patrón teórico común	82
B. Los presupuestos epistemológicos	85
C. Discusiones filosóficas sobre el conocimiento	86
1. La lógica	87
2. La verdad	89
II. Las reglas de la “sana crítica”	90
III. Indicadores, intención y prueba	93
IV. La argumentación probatoria	95
V. Consecuencias prácticas del enfoque adoptado	99
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	101
BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA Y COMENTADA	103

UNIDAD 1

EL CONCEPTO DE DERECHO

IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO



- Identificar las principales corrientes de filosofía del derecho.
- Mostrar la relevancia práctica de las disputas entre positivistas e iusnaturalistas para la labor judicial.
- Profundizar en el conocimiento de algunas teorías filosóficas contemporáneas.

La historia de la filosofía del derecho está marcada por el enfrentamiento entre dos corrientes de pensamiento que proponen respuestas diversas a la pregunta “¿Qué es el derecho?”. Nos referimos a las doctrinas del derecho natural (o iusnaturalismo) y del derecho positivo (o positivismo jurídico). En líneas generales, la disputa gira en torno a la relación que existe entre derecho y moral. Los iusnaturalistas consideran que esa relación es definitoria del concepto de derecho, mientras que los positivistas consideran que es una relación que de hecho existe, pero que no resulta clave para comprender lo que es el derecho.

En este capítulo presentaremos ambas posiciones, tratando de mostrar la incidencia práctica que puede tener para un juez a la hora de fundar una decisión la adopción de una u otra respuesta al interrogante básico de la filosofía del derecho. Para ello comenzaremos con la presentación de un fallo hipotético¹, dictado en lo que se suele denominar un “caso difícil”, esto es, un caso en el que juristas expertos no están de acuerdo en la solución jurídica que cabe darle². En este fallo veremos como los tres jueces fundan el contenido de sus actos de decisión, y a partir de allí, comenzaremos a analizar la relevancia de la disputa filosófica para

1 Nino (1984: 18-27) expone el tema de manera similar, tomando como punto de partida un fallo hipotético dictado en un juicio contra jefes nazis después de la Segunda Guerra Mundial. Algunos de los párrafos de la sentencia que presentaré fueron tomados de su reconstrucción.

2 La noción de “caso difícil” se encuentra analizada con mayor profundidad en el capítulo 3.

entender el origen y la fuerza de sus posiciones. De esta manera pondremos en evidencia la importancia práctica que puede tener esta discusión filosófica.

I. PUNTO DE PARTIDA: UN CASO DIFÍCIL

Un nieto asesinó a su abuelo para cobrar la herencia que este le cedía en su testamento, temiendo que el anciano pudiera cambiar su última voluntad. Descubierta el crimen, el nieto fue encarcelado y se planteó el problema jurídico de si tenía o no derecho a cobrar la herencia de su abuelo. Aunque el testamento era aparentemente válido y las leyes testamentarias no preveían ninguna excepción para el caso en el que el sucesor hubiera causado intencionalmente la muerte del testador para acelerar el trámite sucesorio, el procurador consideró que el nieto no tenía derecho a recibir la herencia³. A continuación presentaré la hipotética sentencia dictada por un tribunal de tres miembros para resolver la cuestión.

“En la ciudad de Macondo, a los 25 días del mes de septiembre de 2001, se reúne el Supremo Tribunal Inventado para dictar sentencia en el proceso incoado por el nieto asesino en el que se debe determinar si tiene derecho a cobrar la herencia de su abuelo. Habiendo escuchado los argumentos del procurador y de los representantes del pretendido heredero, y habiendo recibido la prueba aportada por las partes, los señores jueces de este Excelentísimo Tribunal se expiden en los siguientes términos:

“El señor Juez Tomás dijo: ‘Distinguidos colegas, estamos aquí reunidos para determinar si un hombre que ha cometido un hecho aberrante puede hacer valer un derecho que tiene su origen en tan infamante falta. Los abogados del nieto asesino no niegan los hechos (sobre cuya verdad real se asienta la condena penal dictada hace tres meses en su contra), ni tampoco la intención que motivó su comisión, esto es, la finalidad de acelerar el trámite sucesorio. Su posición se reduce a afirmar que, independientemente del valor o disvalor moral que merezca la conducta de asesinar a su abuelo, lo que en este proceso se debe determinar es a quien corresponde recibir la herencia que el muerto dispusiera mediante testamento. En este sentido afirman que es perfectamente legítimo de acuerdo con el contenido del orden jurídico vigente que el asesino de su abuelo pueda cobrar su herencia, aunque el crimen haya sido cometido para acelerar el trámite sucesorio. No existe ninguna excepción en las leyes testamentarias que contemplen el caso y el testamento del muerto ha sido realizado de acuerdo a lo establecido por ellas. Distinguidos colegas, creo que es nuestra obligación, como miembros de este tribunal, ayudar a desterrar la absurda y atroz concepción del derecho que encierra la tesis de los abogados del nieto asesino. Esta concepción

3 La sentencia ficticia que presentaré está basada en el caso *Riggs v. Palmer* (115 N.Y. 506, 22 N.E. 188) resuelto por un tribunal norteamericano en 1889. No pretendo presentar los argumentos históricamente formulados en ese fallo. Para ello ver Dworkin 1984, 1988.

sostiene que estamos frente a un sistema jurídico cada vez que un grupo humano logra imponer cierto conjunto de normas en determinada sociedad y cuenta con la fuerza suficiente para hacerlas cumplir, cualquiera que sea el valor moral de tales normas. Esto ha generado el obsceno lema “la ley es la ley”, con el que se han intentado justificar los regímenes más aberrantes. Desde antiguo, los pensadores más lúcidos han argumentado para demostrar la falsedad de esta forma de entender el derecho. Ellos nos han enseñado que por encima de las normas dictadas por los hombres hay un conjunto de principios morales universalmente válidos e inmutables que establecen criterios de justicia y derechos fundamentales que forman parte de la verdadera naturaleza humana. Ellos incluyen el derecho a la vida, a la integridad física, a expresar opiniones políticas, a ejercer cultos religiosos, a no ser discriminado por razones de raza, etc., a no ser coaccionado sin un debido proceso legal. Son esos mismos criterios de justicia los que prohíben terminantemente que alguien pueda verse beneficiado por la comisión de un crimen atroz. Este conjunto de principios conforman lo que se ha dado en llamar “derecho natural”. Las normas positivas dictadas por los hombres sólo son derecho en la medida que se conforman al derecho natural y no lo contradicen. Cuando enfrentamos un conjunto de normas, como las leyes testamentarias, que están en oposición flagrante con algunos de los principios del derecho natural, calificarlas de expresar todo el ‘derecho’ implicaría desnaturalizar grotescamente ese sagrado nombre. Ante ellas debemos plantearnos una pregunta fundamental: ¿estamos obligados a obedecer las leyes que consideramos injustas por contrariar el derecho natural al que estamos sometidos por el solo hecho de ser hombres? No siendo las leyes testamentarias que permiten la sucesión de un criminal que ha cometido el delito para acelerar el trámite sucesorio verdaderas normas jurídicas, ellas son inoperantes para resolver la cuestión que nos convoca. Al lema obsceno que dice “la ley es la ley” debemos responder con el lema de la razón iluminada: *lex iniusta non est lex* (una ley injusta no es ley). Los actos que nos ha tocado conocer constituyen violaciones groseras de las normas más elementales del derecho natural, que es un derecho que existía tanto en el tiempo en que tales actos fueron ejecutados, como existe ahora y existirá eternamente. Es así que resulta absurda la posición de los abogados del nieto asesino que insisten en que considerar que su representado no tiene derecho a cobrar la herencia de su abuelo implicaría aplicarle retroactivamente una ley que no existía cuando ocurrieron los hechos que originaron la apertura del proceso sucesorio. Hay una ley eterna que prohíbe obtener beneficios de la comisión de un crimen, cualquiera de nosotros puede conocerla con el sólo auxilio de la razón casi tan bien como el contenido de nuestros códigos, por ello es esa ley la que debemos aplicar si consideramos que el nieto asesino no tiene derecho a cobrar la herencia de su abuelo. Voto, por lo tanto, por que se rechace la solicitud de los abogados del nieto asesino, declarando que no tiene derecho alguno sobre la herencia que su abuelo le legara en testamento”.

“El señor Juez Hans dijo: “Comparto las valoraciones morales que el distinguido juez preopinante ha hecho de los actos sometidos a la consideración de este tribunal supremo. Yo también considero que tales actos constituyen formas

extremadamente aberrantes de comportamiento humano. Pero al formular este juicio no estoy opinando como juez sino como ser humano y como ciudadano de una nación civilizada. La cuestión es si nos está permitido, en nuestro carácter de jueces, hacer valer estos juicios morales para arribar a una decisión en este proceso. Los juicios morales, incluso los que acabo de formular, son relativos y subjetivos. Los historiadores, sociólogos y antropólogos han mostrado cómo han variado y varían las pautas morales en distintas sociedades y etapas históricas. Lo que un pueblo en cierta época considera moralmente abominable, otro pueblo, en época o lugar diferentes, lo juzga perfectamente razonable y legítimo. ¿Podemos negar que los redactores del código civil poseyeran una concepción moral en la que creían honestamente y que consideraba correcto respetar a rajatabla la última voluntad de un testador aun cuando en ella favoreciera a su propio asesino? No hay ningún procedimiento objetivo para demostrar la validez de ciertos juicios morales y la invalidez de otros. La idea de que existe un derecho natural inmutable y universal y asequible a la razón humana es una vana, aunque noble, ilusión. Lo demuestra el contenido divergente que los pensadores iusnaturalistas han asignado a ese presunto derecho natural a la hora de hacer explícitas sus normas. Para algunos el derecho natural consagra la monarquía absoluta; para otros, la democracia popular. Según nuestros autores la propiedad privada es una institución de derecho natural; otros creen que el derecho natural sólo hace legítima la propiedad colectiva de los medios de producción. Una de las conquistas más nobles de la humanidad ha sido la adopción de la idea de que los conflictos sociales deben resolverse, no según el capricho de las apreciaciones morales de los que están encargados de juzgarlos, sino sobre la base de normas jurídicas establecidas; es lo que se ha denominado “el estado de derecho”. Esto hace posible el orden, la seguridad y la certeza en las relaciones sociales. El derecho de una comunidad es un sistema cuyos alcances pueden ser verificados empíricamente, en forma objetiva y concluyente, con independencia de nuestras valoraciones subjetivas. Cada vez que nos encontramos frente a un conjunto de normas que establecen instituciones distintivas, como tribunales de justicia, y que son dictadas y hechas efectivas por un grupo humano que tiene el monopolio de la fuerza en un territorio definido, estamos ante un sistema jurídico, que puede ser efectivamente identificado como tal cualesquiera que sean nuestros juicios morales acerca del valor de sus disposiciones. Va de suyo que considero que, por las mismas razones, el sistema normativo completo y coherente formado por el conjunto de leyes testamentarias, constituye un sistema jurídico, por más que el contenido de algunas de sus disposiciones nos parezca aborrecible. Quiero destacar que hemos aplicado esas normas para resolver todos los casos relacionados con sucesiones testamentarias con anterioridad a este pronunciamiento, y en ningún momento objetamos el contenido de sus disposiciones. ¿Será que en este caso nos disgusta la solución que el derecho ofrece y pretendemos por eso reemplazarlo por nuestras propias valoraciones? Por supuesto que hay una relación entre derecho y moral; nadie duda de que un sistema jurídico suele reflejar de hecho las pautas y aspiraciones morales de la comunidad o de sus grupos dominantes; tampoco hay dudas de que esto debe ser así para que el sistema jurídico alcance cierta estabilidad y

perdurabilidad. Pero lo que cuestiono es que sea conceptualmente necesario para calificar a un sistema de jurídico que él concuerde con los principios morales y de justicia que consideramos válidos. Nosotros somos jueces, no políticos ni moralistas, y como tales debemos juzgar de acuerdo con normas jurídicas. Son las normas jurídicas, y no nuestras convicciones morales, las que establecen para nosotros la frontera entre lo legítimo y lo ilegítimo, entre lo permisible y lo punible. La existencia de normas jurídicas implica la obligatoriedad de la conducta que ellas prescriben y la legitimidad de los actos realizados de conformidad con ellas. Debemos, pues, aceptar la tesis de los abogados del nieto asesino, esto es, que los actos que cometió su representado son moralmente horribles pero que resulta jurídicamente legítimo reconocerle el derecho a cobrar la herencia de su abuelo. El nieto asesino ya fue penado por el derecho, y por ello pasará el resto de sus días en la cárcel, no desnaturalicemos nuestros principios jurídicos para agregar a esa condena otra pena no establecida en el momento de la comisión del delito. El principio *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* nos impide sancionar al nieto con la pérdida de sus derechos patrimoniales, sanción no establecida por las normas jurídicas que debemos aplicar en el momento en el que cometió su aberrante crimen. Cuidémonos de sentar un precedente susceptible de ser usado en el futuro con fines diferentes a los que nosotros perseguimos. A la barbarie y el crimen, que reflejan un desprecio por las bases morales sobre las que se asienta nuestro estado de derecho, opongamos nuestro profundo respeto por las instituciones jurídicas. Voto, pues, por hacer lugar a la solicitud de los abogados del nieto asesino, declarando que tiene derecho a cobrar la herencia que su abuelo le legara en testamento.”

Lamentablemente cuando estábamos redactando este apartado nos dimos cuenta que el asistente encargado de fotocopiar el fallo había cometido un error. Faltaba el voto del tercer juez, aquél que decidió la cuestión. Pero una vez que tomamos en cuenta que este modulo estaba sólo dirigido a jueces, la falta no nos pareció muy grave. Todos los lectores que llegaran hasta este punto estarían en condiciones de redactar el voto faltante, tomando posición sobre la cuestión que suscitó la controversia y evaluando las razones de sus colegas.

At

- ¿Qué posición hubiera asumido usted sobre la cuestión si hubiera integrado tan ilustre tribunal?
- ¿Considera aceptables los argumentos de sus colegas? ¿Por qué?
- ¿Con qué fundamentos la hubiera apoyado?

El resto del capítulo está destinado a brindarle elementos para que pueda reflexionar con mayor rigor y profundidad sobre las cuestiones filosóficas subyacentes en cada uno de los votos. Ello le permitirá emitir una opinión fundada sobre el valor de los votos transcritos y pondrá a su disposición mayores elementos de juicio para tomar (y fundar) su propia decisión sobre el asunto.

II. EL IUSNATURALISMO

El iusnaturalismo, en sus versiones tradicionales, se compromete con la creencia de que existen, por encima de las leyes creadas por el hombre, ciertos principios de derecho natural. Estos principios de moralidad son inmutables y eternos, contrariamente a las leyes humanas que pueden cambiar de una comunidad a otra y de tiempo en tiempo. Las leyes humanas que se encargan de regular los asuntos más elevados o importantes de la comunidad deben estar de acuerdo con los principios del derecho natural. En consecuencia, la validez jurídica de las leyes humana depende necesariamente de lo establecido en tales principios.

La historia de la doctrina del derecho natural es casi tan larga como la historia europea. Se pueden encontrar nociones que anticipan las tesis antes mencionadas en Grecia, en las obras de los estoicos en los primeros años del Imperio romano, y en la teología cristiana medieval. Además las mismas ideas de fondo inspiraron el pensamiento secular de los representantes del siglo XVI y fueron la base esencial para la aparición de la doctrina de los derechos naturales surgida en los siglos XVII y XVIII. Durante el siglo XIX y hasta la primera mitad del siglo XX sufrió fuertes embates críticos, pero resurgió con fuerza después de la Segunda Guerra Mundial. Actualmente, sus defensores no se limitan a grupos religiosos, como lo pone de manifiesto la proliferación de corrientes preocupadas por dotar de fundamentos racionales a la doctrina de los derechos humanos. Su larga vida, y la pluralidad de propuestas que se han considerado históricamente como pertenecientes a esta doctrina, explican las dificultades que existen para poder exponer de forma breve en qué consiste el iusnaturalismo.

A. DEFINICIÓN

Podemos resumir la doctrina del derecho natural, en su versión tradicional, en las siguientes tres tesis:

(DN₁) existen principios de moralidad eternos y universalmente verdaderos (leyes naturales),

(DN₂) el contenido de dichos principios es cognoscible por el hombre empleando las herramientas de la razón humana y

(DN₃) sólo se puede considerar “derecho” (leyes positivas) al conjunto de normas dictadas por los hombres que se encuentren en concordancia con lo que establecen dichos principios⁴.

4 Carlos Nino define al iusnaturalismo de manera similar: “La concepción iusnaturalista puede caracterizarse diciendo que ella consiste en sostener conjuntamente estas dos tesis: a) una tesis de filosofía

At

- ¿En cuál de los dos votos se encuentra presupuesta esta concepción del derecho?
- ¿Puede identificar en el voto las tres tesis antes mencionadas?

B. CLASIFICACIÓN

Las teorías iusnaturalistas *tradicionales* se diferencian por los distintos argumentos que brindan en apoyo de la existencia de los principios de derecho natural (tesis DN₁), por las diversas elaboraciones de los contenidos de esos principios que proponen (tesis DN₂) y por las consecuencias que consideran que de ellas se siguen en el campo del derecho (tesis DN₃). Según Nino (1984) las principales discrepancias entre iusnaturalistas surgen respecto del origen de los principios morales que forman el “derecho natural”. Así distingue dos formas básicas de lo que hemos dado en llamar “teorías iusnaturalistas tradicionales”: (1) el *iusnaturalismo teológico*, cuyos representantes más conspicuos son los filósofos tomistas, quienes creen que el origen del derecho natural es Dios y que las leyes positivas deben derivarse del mismo; y (2) el *iusnaturalismo racionalista*, representado por los filósofos iluministas, los que sostuvieron que el origen de los principios morales se encuentra en la estructura o naturaleza de la razón humana y quienes trataron de axiomatizar esos principios autoevidentes que permitían derivar el resto de las normas. Lo común a todas ellas es que se desarrollan a partir de una teoría moral desde la cual, sostienen, se puede analizar mejor la forma de pensar y actuar en cuestiones jurídicas. La pregunta central a la que se enfrentan es de tipo moral: ¿cuándo estamos obligados a obedecer al derecho y cuando es legítimo desobedecerlo?

En la segunda mitad del siglo XX las posiciones iusnaturalistas han asumido formas distintas y sofisticadas, a las que llamaremos *versiones modernas* de la doctrina del derecho natural. En ellas se interpreta el alcance de estas tesis de manera muy distinta a como se lo hacen los defensores de las posiciones tradicionales, y en muchos casos se las llega a modificar tan profundamente que la inclusión en la corriente de algunos pensadores (como Ronald Dworkin) es una cuestión que genera arduas discusiones. En todas las versiones modernas de la doctrina

ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana; (b) una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificadas de “jurídicas” si contradicen aquellos principios morales o de justicia.” (Nino 1984: 27-28).

del derecho natural, el énfasis está puesto en la comprensión del derecho como fenómeno social. Surgen como respuesta a los embates críticos que los positivistas de finales del siglo XIX y principios del XX dirigieron a las versiones tradicionales. En ellas se defiende la idea, contraria a las pretensiones positivistas, de que no se puede comprender o describir el derecho sin realizar al mismo tiempo una evaluación moral (cf. Bix 1996: 239). La pregunta central en todos estos trabajos es de tipo conceptual: “¿Qué es el derecho?”

III. EL POSITIVISMO JURÍDICO

Existe todavía menos acuerdo a la hora de delimitar conceptualmente aquello que se suele denominar como “positivismo jurídico”⁵. En este intento de trazar la evolución de la doctrinas utilizaremos el término iuspositivista en oposición al iusnaturalismo, pues históricamente el positivismo se caracterizó en sus orígenes por su oposición a todas las formas de iusnaturalismo. Para ello tomaremos como punto de referencia la definición que hemos presentado anteriormente, señalando aquellas tesis que separan a ambos grupos de pensadores.

A. DEFINICIÓN

Si el núcleo de las diversas corrientes iusnaturalistas está constituido por las tres tesis que hemos mencionado anteriormente, se puede definir al positivismo jurídico considerando la posición que asume ante ellas.

Todos los pensadores positivistas se oponen a la tesis DN₃ con la que hemos caracterizado al iusnaturalismo. En ella se afirma que sólo se puede considerar “derecho” (leyes positivas) al conjunto de normas dictadas por los hombres que se encuentren en concordancia con lo que establecen los principios de moralidad eternos y universalmente verdaderos cognoscibles por la razón humana (leyes naturales).

En consecuencia, todo pensador para ser considerado positivista debe aceptar la siguiente tesis:

(PJ₁) La identificación de un conjunto de normas como jurídicas, esto es, como constituyendo un “derecho” o formando parte del “derecho”, no requiere someter a dichas normas a ninguna prueba relacionada con el valor moral de sus contenidos. Se puede dar respuesta a la pregunta “¿Qué es el derecho?” sin

5 Sobre los diferentes usos que se han dado a la palabra positivismo ver Bobbio 1965.

necesidad de apelar a propiedades valorativas (sean estas morales o de otro tipo). En otras palabras, no existe relación conceptual entre derecho y moral (lo que no implica negar la existencia de otro tipo de relaciones entre ellos).

Las razones para adoptar esta posición pueden ser de naturaleza muy diversa. Algunas de ellas pueden tener su origen en el rechazo de alguna de las otras dos tesis con las que definimos al iusnaturalismo. Se puede apoyar la tesis PJ_1 argumentando que no existen principios morales eternos y universales, esto es, negando la verdad de la tesis DN_1 . Incluso se podría defender el positivismo mediante la negación conjunta de ambas tesis (DN_1 y DN_2). Algunos pensadores positivistas han seguido esta senda al justificar sus posiciones, pero muchos otros no. Por eso no parece conveniente definir la corriente apelando a tesis que sólo ciertos representantes están dispuestos a defender.

At

- ¿En cuál de los dos votos se encuentra presupuesta esta concepción del derecho?
- ¿Puede identificar en el voto la tesis antes mencionada?

B. CLASIFICACIÓN

Las primeras teorías en las que se pretendió separar sistemáticamente el ámbito de lo jurídico del ámbito de lo moral, aparecieron en el siglo XIX en las obras de Bentham y Austin, como una reacción al iusnaturalismo tradicional. En el siglo XX las críticas más sistemáticas y completas a la doctrina del derecho natural surgieron de dos corrientes principalmente:

(1) el *normativismo*, representado por las propuestas de Hans Kelsen, quien criticó sus variantes clásicas, y de Herbert Hart, que extendió sus críticas a las formas modernas de concebirla;

(2) el *realismo*, en sus variantes norteamericanas (Pound, Llewelyn, Frank, Holmes) y escandinavas (Olivecrona, Ross). Los pensadores realistas cuestionaban no sólo al iusnaturalismo, sino también al normativismo.

Además existen dos fundamentos en los que se puede apoyar la adopción de una posición positivista respecto de la definición de derecho:

(a) el *escepticismo ético*, esto es, la creencia de que no existen juicios morales objetivamente verdaderos, universalmente válidos y eternos (o bien que, en caso de que existieran, no podrían ser conocidos por el hombre mediante el empleo de la razón); y

(b) la *ventaja metodológica* que implica poder distinguir entre el derecho que es y el derecho que debe ser, a los efectos de permitir la crítica moral de las instituciones vigentes.

Hans Kelsen es un fiel representante del primer tipo de enfoque, mientras que Herbert Hart puede ser considerado el representante más importante de la segunda tendencia.

IV. LA DISPUTA EN EL SIGLO XX

Dedicaremos las próximas secciones a presentar con cierto detalle las ideas algunos representantes destacados de cada una de las corrientes que hemos diferenciado en la historia de la doctrina del derecho natural y del positivismo jurídico. En primer lugar, presentaremos la propuesta de John Finnis, que se puede considerar como ejemplo de iusnaturalismo tradicional y teológico. A continuación las posiciones positivistas escéptica de Hans Kelsen y metodológica de Herbert Hart. Finalizaremos la exposición presentando la teoría de Ronald Dworkin, considerado (no sin discusiones) como un iusnaturalista moderno y racionalista. Todos ellos son pensadores contemporáneos de gran importancia para la disciplina y sus obras han sido traducidas, en buena parte, al castellano (ver bibliografía).

A. IUSNATURALISMO TRADICIONAL: JOHN FINNIS

John Finnis⁶ defiende una versión del iusnaturalismo muy cercana a las formas tradicionales que analizamos en la primera parte del capítulo. En *Ley natural y derechos naturales* (2000) toma como fuente primaria de inspiración la obra de Tomás de Aquino, pero considera que su teoría es plenamente secular en su forma.

Lo más significativo de su obra es la tendencia a configurar el derecho natural como una serie de principios morales cuya función es guiar y (justificar) el derecho positivo, pero no suministrar criterios de validez jurídica. Su preocupación, en consecuencia, no es brindar criterios de demarcación para diferenciar el derecho de otros órdenes normativos. Entender que la principal finalidad del derecho natural es proveer de principios racionales capaces de guiar el juicio moral es lo que acerca su obra a las posiciones que hemos denominado tradicio-

6 John Mitchell Finnis nació en Australia y se estableció en Inglaterra luego de hacer sus estudios de doctorado en Oxford. Su obra más importante es *Ley natural y derechos naturales* publicada en 1980. Sobre sus ideas ver Ridall 1999: capítulo 11.

nales. En ellas el punto de partida y la principal finalidad es la investigación ética, de la que luego sacan consecuencias para el análisis de ciertas cuestiones jurídicas, pero su objetivo principal no es la búsqueda de una respuesta a la pregunta “¿qué es el derecho?”.

Para Finnis el derecho natural es el conjunto de principios de la razón práctica que ordenan la vida del hombre y de la comunidad. Esos principios derivan de ciertos bienes básicos que se justifican por sí mismos. Estos bienes constituyen valores objetivos, porque cualquier persona razonable debería reconocerles ese carácter. Los sistemas jurídicos existen pues cumplen la importante función de crear las condiciones para que los hombres puedan perseguir esos bienes básicos.

1. BIENES BÁSICOS

El fundamento de la teoría de ética de Finnis es la afirmación de que existe un conjunto de bienes básicos. Estos bienes son intrínsecamente valiosos y se encuentran todos en el mismo nivel de importancia. Cuando Finnis habla de bienes básicos se refiere a aquellas cosas que son buenas para la existencia humana, ya que representan un papel imprescindible para “el florecimiento humano”. La expresión “florecimiento humano” hace referencia al logro del potencial pleno de los seres humanos. De esta forma, los bienes humanos serían aquellas cosas sin las cuales el hombre no podría alcanzar su máxima plenitud y desarrollo.

Según el autor hay siete bienes básicos para la existencia humana (Finnis 2000: capítulos 3 y 4):

(1) La *vida*, con la que se alude a cualquier aspecto de la vitalidad que resulte necesaria para que el ser humano pueda determinar los aspectos claves de su existencia de forma óptima.

(2) El *conocimiento*, entendido como el conocimiento que se persigue por el puro deseo de saber y no para conseguir algún otro objetivo por su intermedio.

(3) El *juego*, entendido como aquellas acciones en las que los hombres participamos y que no tienen ninguna finalidad, excepto la de disfrutar con ellas mismas.

(4) La *experiencia estética*, este bien se refiere al goce de la belleza en cualquiera de sus modalidades y con independencia de que fuera generada por el hombre (como en el caso del arte) o por la naturaleza (como en el caso de los paisajes).

(5) La *sociabilidad o amistad*, se trata de un bien a través del cual se consigue la paz y la armonía entre los hombres, y que consiste en la realización de actuaciones a favor de los propósitos de otra persona por el simple bienestar de esa persona.

(6) La *razonabilidad práctica*, se trata de un valor complejo que aglutina a la libertad, el razonamiento, la integridad y la autenticidad. Es el bien básico que permite enfrentar con inteligencia las decisiones respecto de las acciones, el estilo de vida y la formación del carácter.

(7) La *religión*, se trata de un bien cuyo contenido, según Finnis, deberá ser determinado por cada persona, pues constituye la respuesta al interrogante sobre el origen universal de las cosas (sea esta teológica, atea o agnóstica).

Estos bienes básicos son intrínsecamente valiosos porque resultan buenos en sí mismos, no como el medio para la obtención de otros bienes. Por ejemplo, se puede valorar la salud en sí misma, pero las medicinas son valiosas sólo en la medida en que resultan necesarias para preservar la salud. De esta manera, existen una gran variedad de otros bienes humanos, pero no pueden ser considerados básicos porque o bien resultan vías para conseguir alguno de los siete bienes básicos o bien surgen de su análisis o combinación.

A pesar de la importancia que tiene en la teoría de Finnis, la diferencia entre lo moralmente correcto e incorrecto no puede ser establecida en el nivel de los bienes básicos. Para ello se deben derivar una serie de principios intermedios que Finnis denomina las “exigencias básicas de la razonabilidad práctica”.

2. RAZONABILIDAD PRÁCTICA

Como existen diferentes bienes básicos, sin jerarquía ni prioridad entre ellos, surge la necesidad de contar con una serie de principios que permitan fundar una elección cuando surgen vías de acción alternativas que conducen a la satisfacción de distintos bienes básicos. ¿Qué escoger como actividad para una tarde de verano? ¿Un partido de fútbol (satisfaciendo el bien básico del juego) o estudiar filosofía del derecho (obteniendo con ello el bien del conocimiento)? O en un contexto más profundo, ¿Se debe matar a una persona (vulnerando el bien de la vida) si ese es el único medio para salvar muchas otras vidas (o la salud de grandes sectores de la población)? Ninguno de estos interrogantes tiene respuesta en el nivel de los bienes básicos. En este plano sólo podemos distinguir entre las conductas morales inteligibles de las no inteligibles. Por ejemplo, podemos comprender que una persona sea codiciosa (aun desaprobando su actitud) pues lo que hace es tratar de conseguir los mismos bienes básicos que nosotros. Cuestionamos su actitud porque consideramos que esta actuando de forma desproporcionada, y en consecuencia, de forma incorrecta. La moral es la que debe darnos fundamento para rechazar ciertas elecciones que se encuentran disponibles, aun cuando deje abiertos más de un curso de acción legítimos.

En la teoría de Finnis existe una relación entre el nivel de los bienes básicos y el nivel de las decisiones morales, que se establece en torno a lo que denomina “exigencias básicas de la razonabilidad práctica”. La concepción de la “razonabilidad práctica” que defiende en el capítulo 5 de su obra constituye el aspecto más interesante (y polémico) del pensamiento de Finnis. La razonabilidad práctica constituye un bien básico (es valiosa en sí misma) y también es el proceso de razonamiento que distingue el pensamiento correcto del incorrecto (medio para tomar decisiones morales). Si este proceso es llevado a sus últimas consecuencias, permite determinar los criterios para diferenciar entre actos que son razonables considerando todas las cosas (no un propósito en particular) y actos que no son razonables, teniendo en cuenta también todos los factores relevantes. El concepto de razonabilidad práctica es usado en dos sentidos: como un fin en sí mismo, en cuanto que es un bien básico, y como un medio para lograr ciertos fines, en este caso, tomar decisiones prácticas, especialmente las relacionadas con la satisfacción de bienes básicos.

El conjunto de las “exigencias básicas de la razonabilidad práctica” está compuesto por las siguientes nueve pautas de carácter metodológico:

(1) Toda persona debe tener una serie armoniosa de propósitos y orientaciones en su vida. Estos propósitos o compromisos (que deben ser realizables y no meras quimeras), constituyen un “plan de vida racional”.

(2) No se deben tener preferencias arbitrarias entre los distintos bienes básicos. Al intentar cumplir con ese plan racional de vida, se debe conceder la misma validez a todos los bienes básicos, sin sobrevalorar exageradamente ni despreciar la consecución de ninguno de ellos. Esto no significa que se los deba perseguir a todos por igual. Aun cuando seamos conscientes de que estamos persiguiendo un bien más que los otros, eso no debe significar que no los consideremos valiosos y que, en consecuencia, nos despreocupemos totalmente de procurar su satisfacción. Un plan de vida racional debe buscar satisfacción para todos los bienes básicos. La diferencia entre los distintos planes de vidas que resulta razonable escoger radica en la importancia relativa que en ellos se otorga a cada uno de esos bienes.

(3) No se deben realizar preferencias arbitrarias entre personas en lo que atañe a la posibilidad de conseguir los bienes básicos. Para actuar razonablemente se debe seguir el principio, subyacente en la formulación de esta exigencia, “haz a los demás lo que quisieras que ellos hicieran contigo”.

(4) Se debe mantener una distancia crítica respecto de todos aquellos proyectos específicos y limitados que se persiguen en la vida, para poder estar abierto a la consecución de todos los bienes básicos en las cambiantes condiciones que se dan a lo largo de la existencia humana.

(5) Se debe ser fiel a los compromisos personales generales que determinan el plan de vida racional que se ha elegido. Se debe mantener un equilibrio entre el fanatismo ciego y el abandono a la ligera de los propósitos asumidos. La fidelidad a los propios objetivos debe equilibrarse con la posibilidad de realizar un cambio razonable en ellos.

(6) Se deben realizar las acciones que son eficientes para cumplir con los objetivos asumidos. No se deben perder las oportunidades que se tienen por el hecho de utilizar métodos ineficaces.

(7) Cuando se ejecuta un acto se debe respetar cualquier bien básico que pudiera ser puesto en peligro al hacerlo. No se deben cometer actos que por sí mismos causan daño. No se puede justificar la producción de un daño apelando a los resultados beneficiosos que podría traer aparejada la acción que directamente lo provoca, ni siquiera cuando el beneficio a obtener fuera más importante que el daño que se generaría. En otras palabras, el contenido de este principio puede sintetizarse en la máxima “el fin nunca justifica los medios, cuando los medios seleccionados implican dañar un bien básico”.

(8) Se debe favorecer y alentar el bien de la propia comunidad.

(9) Se debe actuar siempre de acuerdo con la conciencia. Si tras meditar una cuestión uno piensa (cree o siente) que no debería hacer algo, entonces no debe hacerlo.

Estas nueve exigencias de la razonabilidad práctica constituyen un mecanismo para guiar la conducta de los hombres y para indicarles los criterios a tener en cuenta a la hora de tomar decisiones prácticas. Las nueve pautas que hemos presentado forman el contenido del derecho natural, y también constituyen lo que se entiende por moral. En consecuencia, cada una de estas exigencias constituye una forma de obligación moral, pues determinan lo que se debe (o no se debe) hacer. La función que cumple el derecho natural es dotar de principios de razonabilidad capaces de guiar el proceso de toma de decisiones en cuestiones morales.

3. DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO

Como en las teorías del derecho natural tradicionales, en la teoría de Finnis se estudian las relaciones que existen entre el derecho natural y la ley humana, tomando como punto de partida la teoría moral en la que se funda la existencia y contenido del primero. Siguiendo la tradición tomista, pero con algunas modificaciones, afirma que hay ciertos bienes y principios cuya observancia facilita el florecimiento humano. Las leyes hechas por el hombre deberían contribuir a que

ese florecimiento pueda ser alcanzado. Para que esto ocurra, el derecho positivo debe ser la aplicación de las exigencias de la razonabilidad práctica universalmente válidas.

Un aspecto novedoso en su posición es que, según Finnis, una teoría del derecho natural no requiere aceptar como premisa central la tesis tomista “una ley injusta no es ley” (ver supra). Considera que es más importante señalar la necesidad de que las leyes humanas, para que sean correctas, sigan el camino de la razonabilidad práctica. Sin embargo, el autor se plantea el problema, relacionado con el anterior, de si existe obligación moral de obedecer una ley particular injusta cuando la misma pertenece a un sistema legal que es a grandes rasgos justo. Finnis considera que no existe una obligación moral de acatar una ley contraria a las exigencias de la razonabilidad práctica, esto es, contraria al derecho natural. Contempla sólo una excepción. El caso en que la obediencia resulte necesaria para evitar que el sistema legal en su conjunto, incluyendo los aspectos que se consideraran justos, pierda eficacia.

Pongamos un ejemplo para mostrar los dos niveles de reflexión (moral y jurídica) que propone Finnis y sus posibles relaciones. Imaginemos en primer lugar un problema de índole exclusivamente moral. Un piloto de un avión cazada alcance a un avión de pasajeros secuestrado por un grupo de fundamentalistas. El problema moral que se le plantea al piloto es el siguiente: ¿debo derribar el avión de pasajeros para evitar así que los secuestradores puedan producir más daño estrellándolo en una zona densamente poblada? La teoría ética de Finnis, articulada en torno a los nueve principios de la razonabilidad práctica, ofrece un procedimiento para hallar una respuesta (o al menos para guiar su búsqueda). Entre esos principios existe uno que indica que no se puede justificar moralmente el daño producido a los bienes básicos de otros individuos apelando a los resultados beneficiosos que podría traer aparejada la acción que directamente lo provoca. El fin no justifica los medios ni siquiera cuando el beneficio a obtener fuera más importante que el daño que se generaría. De esta manera, si el piloto aceptara como correcta la ética normativa que propone Finnis, debería optar por no derribar el avión de pasajeros.

Cambiamos ahora algunas circunstancias del caso, para llevar la discusión al plano jurídico. Pensemos en un piloto de caza que ha recibido una orden de su superior en aplicación de una ley general, sancionada por el parlamento de su país, en la que se autoriza a la fuerza aérea a ordenar el derribo de aviones de pasajeros cuando hayan sido secuestrados en vuelo. Desde la propuesta de Finnis podríamos considerar (si aceptamos el análisis que hemos realizado en el párrafo precedente) que esa norma constituye un claro ejemplo de ley injusta, pues ordena realizar

una acción que puede ser considerada como inmoral a partir de los principios de razonabilidad práctica que constituyen el contenido del derecho natural. Pero que esa norma se encuentre en colisión con el derecho natural no permite inferir directamente, en la teoría de Finnis, ninguna de las siguientes afirmaciones:

- (a) las normas que autorizan derribar aviones de pasajeros en vuelo, cuando hayan sido secuestrados, no pueden ser consideradas normas jurídicas;
- (b) las norma que autorizan derribar aviones de pasajeros en vuelo, cuando hayan sido secuestrados, no deben ser obedecidas por sus destinatarios.

La única posibilidad que deja abierta la teoría de Finnis en este caso, una vez aceptado que la norma jurídica que se debería aplicar es injusta por ser contraria al derecho natural, es que se justifique moralmente su desobediencia. Pero dicha justificación no surge inmediatamente al constatar el carácter injusto de la norma. Para ello se debe considerar si, en ese caso, la obediencia a la norma injusta no resulta necesaria para evitar que el sistema legal en su conjunto (considerado en líneas generales justo) pierda eficacia. Determinar cuándo un sistema jurídico pierda eficacia, si se desobedece una norma injusta que lo compone, es una cuestión contextual. La respuesta que se dé dependerá del contexto jurídico en el que se deba tomar la decisión. En consecuencia, la decisión que debe tomar el piloto del caza de obedecer o no lo que ordena el derecho exige tener en cuenta más elementos que los que se debían considerar si la cuestión se planteaba sólo en el plano moral.

Los jueces a la hora de resolver un caso jurídico difícil se encuentran, en muchas ocasiones, en una posición similar a la del piloto del caza en el segundo de los supuestos considerados.

At

- Tome posición en el caso del nieto asesino adoptando como presupuesto la teoría de John Finnis.
- Construya un voto elaborando sus fundamentos desde esa perspectiva.
- ¿Cómo refutaría los argumentos de Hans?

B. POSITIVISMO ESCÉPTICO: HANS KELSEN

Hans Kelsen⁷ (1979) basa su concepción de la ciencia jurídica en la propuesta de lo que denomina una *Teoría pura del derecho*, esto es, una explicación de la

⁷ Hans Kelsen (1881-1973) nació en Praga, pero desarrolló la primera etapa de su producción académica en Viena. La irrupción del nazismo lo obligó a pasar los últimos años de su vida en los Estados