

PRINCIPIOS JURÍDICOS Y POSITIVISMO JURÍDICO: ¿ES APLICABLE LA CRÍTICA DE DWORKIN A HART TAMBIÉN A Kelsen?*

Legal Principles and Legal Positivism: Does Dworkin's Criticism on Hart also Apply to Kelsen?

Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno

Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Federal de Minas Gerais (Brasil)

Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Minas Gerais (Brasil).

Fellow de la Fundación Alexander von Humboldt

<https://orcid.org/0000-0002-9153-968X>

travessoni@daad-alumni.de

Resumen

Este ensayo investiga la relación entre un (supuesto) modelo positivista de reglas y la discrecionalidad, y, por consiguiente, entre principios jurídicos, discrecionalidad y positivismo jurídico. Primero, intenta demostrar que los modelos positivistas de HART y el mismo Kelsen no fueron modelos de reglas en el sentido de Dworkin, y que, incluso si lo fuesen, el concebir el derecho como un modelo de reglas no sería la causa principal que encaminaría a alguien a defender la discrecionalidad. Entonces, se planteará que la razón acerca del porqué Hart y Kelsen defienden la discrecionalidad fue que ellos no intentaban elaborar una teoría de la adjudicación jurídica, y que la razón por la que la discrecionalidad debería ser combatida depende de cómo se conciba la relación entre derecho y moral.

Palabras clave: positivismo; non-positivismo; reglas y principios; discrecionalidad; normatividad.

* Traducción al español del texto original: TRAVESSONI GOMES TRIVISONNO, Alexandre, "Principios Jurídicos e Positivismo Jurídico: las críticas de Dworkin a Hart se aplican a Kelsen?", en Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno y Júlio Aguiar de Oliveira (eds.), *Hans Kelsen, teoría jurídica e política*, Forense Universitaria, Brasil, pp. 185-212, ISBN: 9788530949365, traducción al español de Arnulfo Daniel Mateos Durán, arnumat03@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-2874-5288>. Agradezco al Dr. Alejandro NAVA TOVAR por sus comentarios en la revisión de esta traducción.

Abstract

This essay investigates the relation between a positivist (supposed) model of rules and discretion, and, therefore, between legal principles, discretion and legal positivism. First it intends to show that Hart's and even Kelsen's positivist models were not models of rules in Dworkin's sense, and that, even if they were, conceiving law as a model of rules would not be the main cause that would lead someone to defend discretion. Then it is claimed that the reason why Hart and Kelsen defended discretion was that they did not develop elaborated theories of legal adjudication and that the reason why discretion should be fought depends on how one conceives the relation between law and moral.

Keywords: positivism; non-positivism; rules and principles; discretion; normativity.

Sumario

1. ¿Un modelo de reglas? 1.1. La concepción de Hart del Derecho y los principios. 1.2. Los principios en la teoría de Kelsen. 2. La discrecionalidad en las teorías de Hart y Kelsen. 3. El significado de la distinción entre reglas y principios de la filosofía jurídica. 4. La separación entre Derecho y moral y la falta de una teoría de la interpretación en las teorías positivistas de Kelsen y Hart. 5. Por qué la discrecionalidad es un problema y cómo puede ser combatida. **Referencias bibliográficas.**

La discrecionalidad ha sido un problema ampliamente estudiado en tiempos recientes por las teorías jurídicas, especialmente, después de las críticas de DWORKIN respecto al positivismo jurídico en general y de manera particular sobre la teoría de HART. Originalmente, DWORKIN afirmó que las teorías positivistas, tales como la de HART, defendían la discrecionalidad porque concebían al Derecho como un modelo de reglas y para reglas. Más adelante, este ha cambiado el centro de crítica y, debido a esto, uno podría cuestionar la importancia de analizar el debate "Hart-Dworkin", especialmente, la inclusión de KELSEN en este. Se podría decir que no tiene sentido el volver a tal cuestión, por dos razones. La primera razón sería que el debate "Hart-Dworkin" ya ha acabado. La segunda consistiría en que la crítica de DWORKIN no estaba dirigida a KELSEN, sino a HART. Respecto a la primera razón, es importante todavía el investigar la crítica de DWORKIN a HART debido a que tiene que ver con la discrecionalidad, y la discrecionalidad es una cuestión que está más allá de ser resuelta en

la teoría jurídica. Además de eso, DWORKIN jamás renunció a lo que afirmaba del modelo de HART.¹ De este modo, a pesar de que mucho ya ha sido dicho acerca del debate “Hart-Dworkin”, todavía existen cosas por decir. En cuanto a la segunda razón, que se refiere a la relevancia de incorporar a KELSEN en el debate, me parece válido el revisar si la crítica de DWORKIN también es aplicable a la teoría de KELSEN, porque a pesar de que DWORKIN no menciona a KELSEN, él dice que el positivismo jurídico es en general un modelo de reglas. Por consiguiente, el revisar si la crítica de DWORKIN también es válida para KELSEN puede reforzar o debilitar su tesis sobre el positivismo jurídico. Además de eso, con el fin de manejar la discrecionalidad jurídica en KELSEN, se debe revisar el papel que este atribuye a lo que DWORKIN califica como principios jurídicos.

En este ensayo trataré de demostrar que: (I) el positivismo del modelo de HART, e incluso el de KELSEN, no eran modelos de reglas en el sentido de DWORKIN;² (II) incluso si lo fuesen, concebir el Derecho como un modelo de reglas no sería la principal causa que conduciría a alguien a defender la discrecionalidad; (III) la razón del porqué HART y KELSEN defienden la discrecionalidad era porque ellos no desarrollaron una teoría de la adjudicación jurídica; (IV) la distinción entre reglas y principios tiene una gran importancia para las teorías jurídicas, pero requiere un complemento ofrecido por las teorías de la aplicación. Finalmente, y no por ello menos importante, (V) trataré de mostrar que la razón del porqué la discrecionalidad debe ser combatida depende de la relación entre el Derecho y la moral.

1. ¿UN MODELO DE REGLAS?

1.1. LA CONCEPCIÓN DE HART DEL DERECHO Y LOS PRINCIPIOS

En la teoría jurídica contemporánea, la distinción entre reglas y principios ha desempeñado un papel importante, especialmente en la interpretación jurídica.

¹ En un ensayo acerca del *Postscript* de HART, DWORKIN no respondió los contrargumentos específicos que HART presenta, en su *Postscript* del “Concepto del Derecho” (*The Concept of Law*), en contra de las críticas de DWORKIN, especialmente el contraargumento de HART, en el cual expresamente afirma que su modelo no era un modelo de reglas, como DWORKIN sugería, y que los estándares que DWORKIN califica como principios son parte de su sistema. En cambio, DWORKIN prefirió hablar abstractamente acerca de la naturaleza de la teoría jurídica. Ver DWORKIN, R. “Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy”, *Oxford Journal of Legal Studies*, No. 24, 2004, pp. 1-37.

² Limitaré mi análisis a las teorías de KELSEN y HART. En este sentido, no es mi intención investigar todas las teorías positivistas.

ca. Algunos teóricos han abogado por que los principios no eran una parte del Derecho dentro de la concepción positivista, o al menos en la concepción del Derecho de HART. Esto se debió a la famosa crítica de DWORKIN sobre el positivismo jurídico, especialmente el positivismo de HART, el cual, de acuerdo con DWORKIN, concibe el Derecho solamente como un sistema de reglas. Pero como expone SCHAPIRO, esta posición sostenida por Dworkin es engañosa, y ahora está generalmente reconocido que Hart nunca afirmó que el derecho es simplemente un modelo de reglas³ –en el sentido que DWORKIN usa este término–.

DWORKIN comienza al decir que el Derecho tiene estándares que no operan como reglas: los principios. Ambos, los principios y las reglas apuntan a decisiones particulares, pero las reglas son aplicables en forma de todo o nada. Si los hechos que una regla estipula son dados, entonces, ya sea que la regla sea válida y la respuesta que ofrece debe ser aceptada o no lo es, y entonces la regla no contribuye a la decisión.⁴ Los principios operarían en una forma completamente diferente: estos tienen la dimensión del peso, “no establecen consecuencias jurídicas que sucedan automáticamente cuando las condiciones dispuestas han sido cumplidas”,⁵ y el hecho de que existan contraejemplos a un principio no significa que no es un principio válido.⁶

DWORKIN entiende que la regla de reconocimiento de HART, la cual supone que las reglas jurídicas son válidas porque alguna institución competente las promulgó, no funciona con los principios, o al menos con algunos de ellos, ya que su origen no se encuentra en alguna decisión particular de alguna legislatura o tribunal,⁷ sino, en cambio, en un sentido de lo apropiado, desarrollado en la profesión y el público a través del tiempo.⁸ De acuerdo con DWORKIN, no se

³ SCHAPIRO, S.J., “The ‘Hart-Dworkin’ Debate: Short Guide for the perplexed”, en A. Ripstein (ed.), *Ronald Dworkin*, p. 22.

⁴ DWORKIN, R., “The Model of Rules I”, en R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pp. 14-45.

⁵ *Ibidem*, p. 25.

⁶ *Idem*, p. 23.

⁷ Ya que DWORKIN acepta que los principios pueden ser tomados de la legislación y de las decisiones judiciales, yo diría que incluso DWORKIN acepta que los principios pueden salir del derecho positivo.

⁸ DWORKIN, R., “The Model of Rules I”, *cit.*, p. 40.

puede modificar la regla del reconocimiento de tal forma que incluya los principios,⁹ ni se puede entender a los principios mismos como la regla del reconocimiento.¹⁰

Me parece que DWORKIN combina dos criterios diferentes para distinguir reglas y principios: un criterio lógico y un criterio que RAZ denominó como “fuente”.¹¹ El criterio lógico es un criterio relacionado con la estructura del estándar. Como hemos visto, dice que ambos, reglas y principios, apuntan a decisiones específicas, pero las reglas son aplicables en una forma de todo o nada, mientras los principios no obligan a una decisión, pero apuntan a esta; en palabras de HART, los principios son no-conclusivos.¹² El criterio de la fuente dice que los principios no siempre tienen su origen en la legislación positiva o en las decisiones judiciales, sino también en otras fuentes, es decir, la moral.

Ahora que tenemos un panorama claro de la clasificación de DWORKIN, podemos compararlo ahora con la de HART y revisar cuál de los estándares de DWORKIN pertenecen al concepto de Derecho de HART. La regla de reconocimiento de HART no excluye las reglas debido a su tipo lógico, en cambio, debido a su fuente. En la mente de DWORKIN, la regla de reconocimiento de HART evita que los principios entren al sistema normativo, ya que la regla de reconocimiento revisa si una regla ha sido promulgada por una autoridad competente o no. DWORKIN argumenta que los principios, o al menos algunos de ellos, no superan este test. Ahora, el criterio de la fuente, desde mi perspectiva, no es un criterio adecuado para distinguir entre reglas y principios, sino para dos tipos de principios (o eventualmente dos tipos de reglas). Ya que el mismo DWORKIN admite que los principios pueden ser tomados de la legislación o de las decisiones judiciales, podemos concluir que para él existen dos tipos de principios: autoritativos y no-autoritativos.¹³

⁹ *Ibidem*, p. 43.

¹⁰ *Idem*, pp. 43 y 44.

¹¹ Ver RAZ, J., “Legal Principles and the Limits of law”, *The Yale law journal*, Vol. 81, No. 5, 1972, pp. 823-854.

¹² HART, H.L.A., *The Concept of Law*, p. 261.

¹³ Podría usar los términos de “positivo” y “no positivo”. No obstante, considero que sería más adecuado lo que DWORKIN tenía en mente. Pero, ya que algunos teóricos, tales como KELSEN, consideran los principios morales como principios positivos, utilizaré “autoritativo” y “no autoritativo”.

Esto significa que, para HART, las reglas no-conclusivas, cuando son producidas por una autoridad que está prevista por la regla de reconocimiento, son reglas jurídicas. Esto debería ser suficiente para ver que algunos de los estándares que DWORKIN denomina principios, es decir, los principios autoritativos de DWORKIN, están presentes en el concepto de Derecho de HART. Para llegar a esta conclusión no es necesario demostrar que la distinción entre reglas y principios es una cuestión de grado, como RAZ¹⁴ y HART,¹⁵ lo sugieren, porque el argumento aquí es que la regla de reconocimiento de HART no excluye los principios, incluso si estos son considerados estándares no-conclusivos como DWORKIN sugiere. De este modo, el concepto de regla de HART no es equivalente al concepto de regla de DWORKIN,¹⁶ en cambio, es más amplio. A pesar de que esto último no es nuevo, es un punto importante de mi argumentación.

La diferencia entre los conceptos de HART y DWORKIN y la extensión de los estándares jurídicos es que DWORKIN incluye principios no-autoritativos, mientras que HART no, y no que el modelo de HART excluya los principios del todo. Ahora, ya que HART no está de acuerdo con la idea de Kelsen, de que una norma genuina debe tener una sanción, no tenemos siquiera que lidiar con la afirmación de DWORKIN de que los principios a veces no determinan específicamente las consecuencias de su incumplimiento. Además de eso, se puede asegurar que los principios positivos de DWORKIN entran en el sistema de HART –ya sea como reglas primarias o secundarias–, porque puede haber principios positivos relativos a las obligaciones que las personas tienen y principios positivos relativos a la creación, modificación y adjudicación de otras reglas.

Desde mi perspectiva, uno debe concluir que si, por una parte, la regla de reconocimiento de HART no excluye estándares autoritativos no-conclusivos, por otra, no necesariamente incluye estándares no-autoritativos, lo que podríamos llamar estándares morales. De este modo, los estándares no-autoritativos (o morales) no-conclusivos no están necesariamente incluidos en el sistema de HART. Sin embargo, de acuerdo con HART,¹⁷ incluso los principios no-autoritativos exigen una regla de reconocimiento, porque son sacados del Derecho vigente, que puede ser identificado solamente mediante de la regla del reconocimiento. Cier-

¹⁴ RAZ, J., "Legal Principles and the Limits of law", *cit.*, p. 838.

¹⁵ HART, H.L.A., *The Concept of Law*, *cit.*, p. 264.

¹⁶ RAZ, J., "Legal Principles and the Limits of law", en M. Cohen, *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, pp. 73-87, especialmente en p. 75.

¹⁷ HART, H.L.A., *The Concept of Law*, *cit.*, p. 266.

tamente, a veces DWORKIN parece extraer principios no-autoritativos del Derecho positivo (legislación, decisiones judiciales), lo que podría convertirlos al final no realmente en principios no-autoritativos. Si este fuera realmente el caso, entonces, el argumento de HART sería correcto. Pero, como hemos visto, DWORKIN también dice que el origen de los principios no es una decisión particular de alguna legislatura o tribunal, en cambio, *un sentido de adecuación desarrollado en la profesión y el público a través del tiempo*. Esto significa que, para DWORKIN, los principios no-autoritativos pueden ser tomados no solamente de las decisiones judiciales. Nosotros podemos criticar a DWORKIN por adoptar tal ambiguo concepto de una fuente como el “sentido de la adecuación desarrollado en la profesión y el público a través del tiempo”, pero debemos admitir que la regla de reconocimiento no parece incluirlo. No obstante, tampoco lo excluye necesariamente, porque al manejar las relaciones entre el Derecho y la moral, HART señala que el uso de principios morales en el proceso judicial es un hecho.¹⁸ En mi punto de vista, el argumento de HART muestra que si *se quieren emplear principios no-autoritativos*, se tiene que acudir *algunas veces* (es decir, en el caso de principios autoritativos), aunque no siempre, a la regla de reconocimiento para identificar el Derecho vigente, a partir del cual serán extraídos los principios. Aquí podemos ver claramente que HART es un positivista inclusivo: estándares no-autoritativos pueden ser incluidos en el Derecho, pero estos no necesariamente deben ser incluidos en este.

Para mi propósito es suficiente concluir que en la teoría de HART, los estándares no-conclusivos autoritativos son necesariamente una parte del Derecho y los estándares no-conclusivos no-autoritativos pueden ser parte del Derecho, pero también no serlo.

1.2. LOS PRINCIPIOS EN LA TEORÍA DE KELSEN

El concepto de regla de HART no es igual al de DWORKIN, sino más amplio y, por ende, incluye parte de lo que DWORKIN llama principios, en otras palabras, estándares no-autoritativos (o morales) no-conclusivos. No obstante, ¿qué sucede con respecto a KELSEN? ¿Son los estándares no-conclusivos una parte de su sistema?

Uno podría pensar que es difícil el defender que los principios, en el sentido de DWORKIN, son una parte del sistema normativo de KELSEN. Uno podría objetar, por

¹⁸ *Ibidem*, p. 204.

un lado, que (i) Kelsen cree que las normas jurídicas genuinas establecen actos de coerción como sanciones, mientras los principios no parecen hacerlo, y también que (ii) el mismo Kelsen dijo que los principios no son parte de lo que él llama Derecho. Aun así, yo quisiera presentar una interpretación de los escritos de Kelsen, en la cual los principios autoritativos son parte del Derecho y los principios no-autoritativos de Dworkin pueden ser utilizados en el proceso de creación y aplicación jurídica.

Primero que nada, debo decir que no parece haber nada en el concepto de Derecho de Kelsen que excluya normas no-conclusivas. Para Kelsen, el Derecho es un sistema de normas. Por una norma, él entiende un *Sollen*, y por un *Sollen* entiende que un comportamiento está previsto, en el sentido de que es obligatorio, prohibido o permitido.¹⁹ Kelsen no dice que la norma tiene que ser un estándar de todo o nada, y que los estándares no-conclusivos no son normas. Ciertamente, Kelsen acepta que las normas con un alto grado de indeterminación, lo que desde su punto de vista está conectado a la generalidad, son parte del sistema jurídico.²⁰ Desde mi perspectiva, estándares tales como “no se permitirá a nadie el beneficiarse de su propio fraude”, o sus formulaciones equivalentes, “no se permitirá a nadie, tomar ventaja de su propio mal, para encontrar cualquier pretensión a partir de su propia iniquidad o el adquirir una propiedad por medio su crimen”, mencionado por Dworkin como principios,²¹ no están excluidas del sistema jurídico desde la perspectiva de Kelsen –y, por ello, tampoco de su concepto de Derecho–. Pero eso no responde todavía las dos objeciones antes mencionadas. ¿Cómo podemos manejarlas?

(i) La primera objeción fue que se podría argumentar que tales estándares no-conclusivos no son adecuados para el concepto de norma de Kelsen, porque estos no presentan una estructura hipotética, porque no conectan un acto de coerción al comportamiento; en este sentido, no serían normas en el sentido de Kelsen. Para lograr demostrar que los estándares no-conclusivos son normas para Kelsen, deberíamos entonces probar que ya sea que estas normas tienen sanciones o que Kelsen (al menos en algunas veces) admite normas sin sanciones. Ahora, las normas primarias hipotéticas pueden ser generales para Kelsen. De hecho, Kelsen nunca conectó el carácter hipotético de una norma primaria a su carácter específico. De este modo, un estándar no-conclusivo, en

¹⁹ Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, p. 15.

²⁰ *Ibidem*, pp. 235-236, 247-251, 346-348.

²¹ Dworkin, R., “The Model of Rules I”, *cit.*, p. 23.

el sentido de DWORKIN, puede ser adecuado al concepto de norma primaria hipotética, si y solamente esta presenta una sanción. Si nuevamente adoptamos el estándar mencionado “no se permitirá a nadie el beneficiarse de su propio fraude”, mencionado por DWORKIN, podemos concluir que sería adecuado para el concepto de KELSEN de norma primaria si esta tuviera una sanción. Y si tuviera una sanción, tendría una formulación tal como “si alguien se beneficia de su propio fraude, este tendrá que ser sancionado con X”. Uno podría sugerir, por ejemplo, que la nulidad podría ser considerada una sanción y, de este modo, la mayoría de los estándares que DWORKIN llama principios tendrían una sanción. El problema es que KELSEN rechaza la nulidad como una sanción. Debido a que, para afirmar que los estándares no-conclusivos son normas (hipotéticas), estas tienen que ir acompañadas de una sanción que no es nulidad, sino un acto de coerción.

No discutiré si KELSEN está en lo correcto al no considerar nulidad como una sanción. Asumiendo que la nulidad no es una sanción, los principios serían normas (hipotéticas) solamente si son acompañadas por un acto de coerción como sanción. Esto significa que, por ejemplo, en la mencionada norma “si alguien se beneficia de su propio fraude, este será sentenciado a X”, X podría no ser nulidad, en cambio, tendría que ser un acto de coerción. Se podría decir que una formulación como esta no puede formar parte de los sistemas jurídicos modernos, porque es general en sus condiciones (“si alguien se beneficia de su propio fraude”) y específica en su prescripción (“será sentenciado a X”). El argumento sería que las normas generales, tales como los estándares no-conclusivos de DWORKIN, no pueden tener sanciones específicas, porque, de acuerdo con DWORKIN, una de las características lógicas de los principios jurídicos es que estos no prevén las consecuencias específicas de su incumplimiento. No obstante, creo que, a veces, los sistemas jurídicos modernos pueden presentar de manera relativa prescripciones jurídicas indeterminadas que están conectadas a sanciones jurídicas. Si esto es verdad, se perdería una separación analítica entre las dos partes de la norma en el análisis de DWORKIN, y esto comprometería su distinción lógica entre reglas y principios. Ahora, esto demuestra que las normas no-conclusivas que son acompañadas de sanciones son normas para KELSEN, pero no demuestra que todas las normas no-conclusivas, en el sentido de DWORKIN, son normas para KELSEN, porque DWORKIN no exige que los principios tengan sanciones (por el contrario, sus escritos sugieren que no). Con el fin de demostrar que las normas no-conclusivas son parte del sistema de KELSEN, tenemos que revisar si KELSEN aceptaría normas sin sanciones. En otras palabras, es necesario mostrar que normas no-conclusivas que no presentan sanciones son parte del sistema jurídico de KELSEN.

Si observamos más de cerca el sistema de Kelsen, veremos claramente que estas normas pertenecen a este, en la medida en que una autoridad competente las creó. Kelsen vería la norma “no se permitirá a nadie el beneficiarse de su propio fraude” como una norma “dependiente” (*unselbständige Rechtsnorm*), una norma que establece las condiciones bajo las cuales otras normas son aplicadas, una norma que limita la aplicación de otras normas.²² En el caso *Riggs vs. Palmer*, mencionado por Dworkin, la norma antes citada sería vista por Kelsen como una norma que establece las condiciones necesarias bajo las cuales alguien podría demandar la aplicación (con coerción si es necesario) de las normas de la herencia. Muchos otros ejemplos de estándares no-conclusivos, que usualmente son considerados principios en el sentido de Dworkin, podrían ser mencionados. Es suficiente decir que si consideramos el concepto de derecho de Kelsen en su totalidad, no hay nada en este que excluya las normas autoritativas que tienen características lógicas que Dworkin cree que pertenecen a los principios.

(ii) La segunda objeción era que el mismo Kelsen declaró que los principios no son parte del Derecho. En la *Teoría General de las Normas*, él señala que los principios, en el sentido en que Esser²³ utiliza la palabra, no son parte del sistema jurídico.²⁴

Sin embargo, ¿qué es lo que Kelsen critica en la inclusión de Esser de los “principios” en el concepto de Derecho? Kelsen dice que los principios morales y políticos, así como las costumbres, pueden influir en la producción de las normas jurídicas, las dos de manera general e individual.²⁵ No obstante, niega que, debido a esto, los estándares morales deberían ser incluidos en el concepto de Derecho: estos pueden ser llamados principios del Derecho solamente en la extensión de que influyan en la creación jurídica, pero estos permanecen como principios morales y deben ser distinguidos de las normas jurídicas.²⁶ Estos pasajes muestran dos cosas: primero, que Kelsen admite que la influencia

²² Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, cit., p. 56.

²³ Kelsen se refiere a la teoría de Esser como una “la teoría de la transformación”, porque trata con las formas bajo las cuales los principios éticos se volverían jurídicos, ver, (Kelsen, 1979, pp. 92-99); (Esser, 1956, parte 1 y 2) para un análisis de las controversias entre Kelsen y Esser, *cfr.*, (Wiederin, 1986).

²⁴ Kelsen, H., *Allgemeine Theorie der Normen*, pp. 92-99.

²⁵ *Ibidem*, p. 93.

²⁶ *Idem*, pp. 93 y 94.

del uso de estándares morales en la producción de Derecho, es decir, que él tiene un positivismo jurídico incluyente, y, segundo, que Kelsen no está criticando la inclusión de las normas que han determinado las propiedades lógicas en el concepto de Derecho, en cambio, la inclusión de estándares morales en estas. Las normas que tienen propiedades lógicas descritas por Dworkin como pertenecientes a los principios, en otras palabras, principios en el sentido lógico de Dworkin, no están excluidas del sistema de Kelsen, sino que son parte de este, en la medida en que una autoridad competente las creó. Ahora, los estándares morales, para Kelsen, independientemente de las propiedades lógicas que tengan, pueden influenciar la producción de las normas jurídicas, pero estas no son normas jurídicas. Por consiguiente, podemos concluir que los principios autoritativos de Dworkin son parte del sistema jurídico y del concepto de Derecho de Kelsen, y que los principios no-autoritativos de Dworkin, los cuales para Kelsen son principios morales (positivos), pueden estar en la mente de Kelsen al ser usados por las autoridades jurídicas cuando producen normas generales o individuales (en otras palabras, leyes o sentencias), pero esto no las hace parte del Derecho. Por lo tanto, mi análisis de los escritos de Kelsen me conduce a la conclusión de que lo que denomina Dworkin como principios son normas para Kelsen. Normas en el sentido de Kelsen, exactamente como los principios de Dworkin, son estándares que nos dicen cómo debemos comportarnos.

En breve, si estoy en lo correcto, la idea principal de Dworkin, acerca de que el positivismo jurídico es un sistema de reglas, es falsa, no solamente respecto a Hart, sino también respecto a Kelsen.

2. LA DISCRECIONALIDAD EN LAS TEORÍAS DE HART Y KELSEN

¿Por qué defendió Hart la discrecionalidad jurídica? Una mirada al “Concepto del Derecho” (*The Concept of Law*) ofrece una respuesta a esta pregunta. Hart señala que “la textura abierta del derecho significa que existen, ciertamente, áreas de conducta en donde mucho se debe dejar para desarrollar por los tribunales u oficiales para alcanzar una ponderación, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en colisión, los cuales pueden variar de peso de caso en caso”.²⁷ En pocas páginas después de este pasaje, al tratar la aplicación de las reglas jurídicas –después de describir la aplicación de las reglas del juego–, él agrega que “la textura abierta del derecho deja a los tribunales un poder

²⁷ HART, H.L.A., *The Concept of Law*, cit., p. 135.

de crear derecho más amplio y más importante que aquel dejado a los marcadores (*scorers*), cuyas decisiones no son usadas como precedentes para crear derechos". Lo que sea que decida el tribunal, ya sea sobre temas que se encuentran en aquella parte de la regla que parece clara para todos y aquellos que descansan en la frontera debatible, perdura hasta que sea alterado por la legislación; y sobre la interpretación de eso, los tribunales nuevamente tienen la misma última voz autoritativa".²⁸ Y en el *Postscript*, respondiendo a DWORKIN, HART reafirma su posición, diciendo que "habrá puntos en donde el derecho existente falla en dictar cualquier decisión como la correcta, y para decidir en casos en donde esto sucede, el juez debe ejercitar sus poderes de creación de derecho".²⁹

El pasaje justamente mencionado arriba demuestra que HART creía que la textura abierta es la causa de la discrecionalidad.

¿Qué hay de Kelsen? ¿Cuál es su postura respecto a este tema? En el último capítulo de la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, él señala que las normas jurídicas, debido a su generalidad, permiten diferentes interpretaciones. Existe una indeterminación ya sea cuando una norma es producto de una norma superior o cuando una norma está siendo ejecutada. Esta indeterminación es relativa, es decir, la ejecución de una norma o la producción de una norma inferior a partir de una superior son parcialmente determinadas y parcialmente indeterminadas por la norma superior. Para Kelsen, esta indeterminación relativa siempre existirá, porque, incluso si una norma es muy específica, esta dejará espacio para discrecionalidad para el que la aplica.³⁰

Esta indeterminación sucede no solamente cuando el juez produce una sentencia, sino también cuando el legislador aplica la Constitución con el fin de promulgar una ley. Kelsen no acepta lo que él llama la visión tradicional, de acuerdo con la cual el legislador crea el Derecho y el juez lo aplica. Para él, ambos, el legislador y el juez, crean y aplican la ley, porque ambos aplican una norma superior con el fin de crear una norma inferior.³¹ Por consiguiente,

²⁸ *Ibidem*, p. 145.

²⁹ *Idem*, p. 273.

³⁰ Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 346 y 347.

³¹ Para Kelsen, una sentencia es una norma individual, porque es un *Sollen*.

de acuerdo con Kelsen, la diferencia entre legislación y adjudicación no es cualitativa, sino, en cambio, cuantitativa, porque la restricción ejercida por la Constitución sobre el legislador no es tan fuerte como aquella ejercida por la ley sobre el juez.³²

Por lo tanto, para los dos, Hart y Kelsen, la textura abierta es la causa principal para la discrecionalidad. La naturaleza del lenguaje (jurídico) hace imposible que una norma prevea todos los detalles de un comportamiento y, entonces, el juez tiene algún margen para decisión. Sin embargo, se debe hacer énfasis en que la discrecionalidad no significa, para los dos, que la decisión pueda ser arbitraria: la indeterminación es relativa y el juez tiene que presentar razones para su decisión.

3. EL SIGNIFICADO DE LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA

Así, si estoy en lo correcto, la causa principal por la que Hart y Kelsen defendieron la discrecionalidad no era por la ausencia de principios en sus teorías, sino por la textura abierta o generalidad de las reglas jurídicas (o normas). Y si aceptamos que los principios usualmente son (aunque no siempre) generales,³³ tendríamos que concluir en que la causa principal que encaminó a Hart y a Kelsen a defender la discrecionalidad fue ¡la presencia de principios (positivos) en sus teorías! No estoy diciendo que los autores positivistas tales como Hart y Kelsen manejaban la distinción entre reglas y principios de la forma en que Dworkin y otros autores modernos, tales como Alexy, lo hacen. Solamente estoy sugiriendo que sus conceptos de regla (Hart) y norma (Kelsen) eran lo suficientemente amplios para dar cabida a los que más adelante fueron distinguidos como principios.

Desde mi punto de vista, la distinción entre reglas y principios, en la forma en que es formulada por los filósofos del Derecho contemporáneo, es de gran significado para la filosofía jurídica. Cualquier clasificación de normas jurídicas

³² Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 350 y 351.

³³ Ver, por ejemplo, Alexy, quien dice que a pesar de que la generalidad no puede ser usada como un criterio para distinguir entre reglas y principios, los principios tienden a ser más generales que las reglas (Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, pp. 92 y 93), y Raz, quien defiende que la distinción es una cuestión de generalidad (Raz, J., "Legal Principles and the Limits of law", *The Yale law journal*, Vol. 81, No. 5, p. 838).

constituye ya un importante punto de las teorías jurídicas, porque su clasificación hace posible entender cómo funcionan y qué tan diferente se comportan en su aplicación para situaciones concretas. En el caso de la distinción entre reglas y principios, este entendimiento es de especial relevancia, porque los principios desempeñan un importante papel, tal vez “el” más importante en las teorías de la aplicación jurídica.³⁴ Pero aunque esta distinción es impor-

³⁴ Al manejar cómo las teorías positivistas tratan con los principios, he manejado solamente la teoría de los principios de DWORKIN, no la de ALEXY. La razón del porqué utilice la teoría de DWORKIN al tratar el positivismo jurídico consiste en que DWORKIN expresamente señala que el positivismo jurídico es un modelo de reglas y para reglas. Aquí yace la primera ventaja de la teoría de ALEXY, quien no afirma que las teorías positivistas son modelos de y para reglas. Por el contrario, desde el punto de vista de ALEXY, los positivistas pueden admitir que el sistema jurídico comprende principios. Ciertamente, cuando ALEXY presenta su concepto no-positivista y el concepto positivista del Derecho, se puede ver claramente que una de las diferencias más importantes entre ellos (o uno de los aspectos más importantes de la diferencia entre estos) es que, desde la perspectiva de ALEXY, el concepto positivista del Derecho no incluye todos los argumentos que se utilizan en el procedimiento de aplicación jurídica (ALEXY, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, p. 127), mientras que su concepto no-positivista del Derecho lo hace. El modelo de ALEXY presenta una distinción lógica más precisa entre reglas y principios, aunque las distinciones de ALEXY y DWORKIN tienen puntos en común. ALEXY afirma que la “tesis de la separación rigurosa” de Dworkin, de acuerdo con la cual la distinción no es meramente gradual, es correcta (ALEXY, R., “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, *Rechtstheorie*, No. 1, pp. 67 y 68). También acepta el “teorema de colisión” de DWORKIN, conforme al cual los principios actúan de manera distinta a las reglas cuando hay una colisión (ALEXY, R., “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, pp. 71-78), pero cuestiona el “todo o nada” del modelo de reglas de DWORKIN, respecto al cual las reglas no parecen ser *prima-facie* (Alexy, 1979: 71). Además de eso, Alexy introduce una característica lógica para explicar el teorema de colisión de Dworkin, es decir, la idea que los principios pueden ser satisfechos en distintos grados, lo que llamó originalmente “el deber ideal” (ALEXY, R., “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, pp. 79-82), y más adelante definió como mandatos de optimización, lo que quiere decir, como normas “que requieren que algo sea realizado hasta la extensión mayormente posible permitido por las circunstancias jurídicas y fácticas” (ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, p. 47). A mi juicio, la idea de ALEXY de que los principios son mandatos de optimización, no está presente en DWORKIN, quien dice solamente que los principios tienen una dimensión del peso. Esto no es lo mismo que caracterizar a los principios como mandatos de optimización. Ciertamente, el concepto lógico de los principios de DWORKIN puede ser resumido con dos características (las cuales las reglas, desde su punto de vista, no poseen): estos son *prima facie* y *no-conclusivos*. La primera significa que estos admiten excepciones y continúan con validez mientras que la segunda implica que estos no obligan a una cierta decisión, sino en cambio, apunta a una. Para ALEXY, las reglas son también son *prima-facie*, pero su carácter *prima-facie* es diferente del carácter *prima-facie* que los principios poseen, porque los principios son comandos de optimización, y esto es lo que es esencial en la diferenciación respecto de las reglas (ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, pp. 57-59).

tante, la forma en que DWORKIN la esboza, afirmando que un supuesto modelo de reglas defendido por los positivistas es la causa de discrecionalidad, es falso. En la siguiente sección trataré de mostrar lo que me parece ser la verdadera causa de la defensa positivista de la discrecionalidad.

4. LA SEPARACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL Y LA FALTA DE UNA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN EN LAS TEORÍAS POSITIVISTAS DE KELSEN Y HART

Los dos, HART³⁵ y KELSEN³⁶ defendieron una separación entre Derecho y moral. Esta separación se debe al hecho de que los valores morales son relativos para ambos, y el establecer la moral como criterio de validez jurídica volvería muy obscuro el concepto de Derecho. KELSEN defendió un relativismo filosófico, en el cual los valores morales son relativos, y HART también parece dar señales de una visión relativista de moral, aunque no tan fuerte como KELSEN.³⁷ Esto los conduce, especialmente a KELSEN, a la conclusión de que hay diferentes sistemas morales e ideales de justicia. El argumento de KELSEN es muy simple: si hay diferentes sistemas morales, no solamente uno, entonces no se puede exigir que el Derecho positivo sea conforme con la moral para que sea válido.³⁸ HART parece compartir una posición similar, pero no exactamente la misma. Él cree que la mayoría de la población de un país puede compartir una moral convencional, pero él estaría de acuerdo con KELSEN en que esta moral convencional no es universal. Debido a esto, y con la finalidad de separar desacuerdos teórico-jurídicos de los desacuerdos morales, HART prefiere separar el Derecho de la moral.³⁹

En toda mi argumentación he hecho énfasis en que parte de los estándares no-conclusivos de DWORKIN (en otras palabras, los autoritativos) son una parte de lo que los positivistas llaman normas (o reglas). Lo que HART y KELSEN entienden como reglas o normas jurídicas, DWORKIN las entiende como reglas

³⁵ HART, H.L.A., *The Concept of Law*, cit., p. 208.

³⁶ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 65-71.

³⁷ HOERSTER señala que HART defendía una teoría de la validez jurídica que es moralmente neutral (1986). No obstante, me parece que el relativismo es más fuerte en KELSEN que en HART.

³⁸ KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 66 y 67.

³⁹ HART, H.L.A., *The Concept of Law*, cit., p. 208.

autoritativas y principios. Los tres están de acuerdo con que las normas jurídicas positivas, en otras palabras, normas creadas por las autoridades jurídicas, son parte del concepto de Derecho.⁴⁰ El punto importante en el cual ellos están en desacuerdo es el siguiente: los principios no-autoritativos (moral) son para DWORKIN parte del Derecho. Para Kelsen y Hart estos estándares no son parte del concepto de Derecho: son estándares morales –para Kelsen, principios de la *moral positiva*, no obstante, no son parte del Derecho–. Además de eso, o tal vez debido a eso, para Kelsen y Hart, estos no son jurídicamente vinculantes, mientras que para DWORKIN lo son. Kelsen indicó expresamente que estos estándares morales pueden ser usados en la creación jurídica, pero no hay ninguna obligación jurídica de hacerlo. Hart no dice expresamente que estos no son vinculantes, pero en sus escritos no sugiere una obligación de usarlos en la creación jurídica.⁴¹

La discrecionalidad significa que hay diferentes soluciones que son adecuadas para la ley que la autoridad desea aplicar, y ninguna de ellas puede ser elegida sobre la base de la misma ley que está siendo aplicada. Y estas varias posibilidades pueden ocurrir debido a diferentes factores, tales como la *generalidad de las normas jurídicas* (textura abierta, indeterminación), *colisión de normas jurídicas*, *ausencia de normas jurídicas* y la necesidad de decisiones *contra-legem*.⁴²

⁴⁰ Es importante el subrayar que Kelsen explícitamente admite el Derecho consuetudinario, si la Constitución lo prevé.

⁴¹ Para DWORKIN, los principios morales *deben* ser empleados en la aplicación jurídica. Esa es la razón por la que son vinculantes. Para Kelsen y Hart, estos *pueden* ser empleados, de hecho, lo *son*, pero las autoridades jurídicas no tienen el deber jurídico (u obligación) de emplearlos, esto quiere decir que no son vinculantes. Aparte de esta diferencia, hay otro punto que se debe resaltar: en *The Model of Rules I*, DWORKIN parece pensar que la introducción de estos principios morales puede resolver el problema de la discrecionalidad. Las teorías de Hart y Kelsen no sustentan tal conclusión, ya que, en sus modelos, los principios morales pueden ayudar al tribunal a decidir una cuestión jurídica, pero estos no proveen una única respuesta correcta. De este modo, podemos concluir que la diferencia entre, por un lado, la concepción presentada por DWORKIN en *Model of Rules I* y, por el otro, las concepciones de Hart y Kelsen, es lo que podemos llamar “el factor vinculante”: los principios no-autoritativos de DWORKIN (la moral de Kelsen) existen y son usados en la aplicación jurídica para los tres de ellos, pero solamente para DWORKIN, y no para Hart y Kelsen, son jurídicamente vinculantes. El hecho de que los tres, especialmente DWORKIN por un lado y Kelsen y Hart por el otro, no compartían el mismo concepto de moral no deberá importar aquí.

⁴² (ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 17 y 18). ALEXY señala a estos cuatro fenómenos de la aplicación jurídica como razones de la insuficiencia de la concepción de interpretación jurídica como una subsunción lógica.

Los positivistas jurídicos indican correctamente que el Derecho no tiene una precisión matemática, como lo sugiere KANT. El problema del positivismo jurídico es que no incluye principios en su concepto de Derecho. Como hemos visto, la tesis de DWORKIN de que los principios estaban excluidos de los conceptos positivistas de Derecho es falsa, aunque se debe hacer énfasis en que los teóricos positivistas no diferencian lógicamente entre reglas y principios. Si el Derecho fuera realmente, para los positivistas jurídicos, un sistema de reglas de todo o nada, como DWORKIN sugiere, estos no tendrían que defender la discrecionalidad, o al menos la discrecionalidad tendría que haber desempeñado un papel mucho menos significativo en sus teorías de lo que realmente lo hace.⁴³

Por lo tanto, la verdadera pregunta es si y cómo está conectada la moral al Derecho. Debido a esto, debemos llevar a cabo una mirada más de cerca a esta relación. De acuerdo con ALEXY, el concepto positivista de Derecho tiene dos elementos, que son la *expedición autoritativa* y la *eficacia social*. Diferentes teorías positivistas pueden hacer hincapié más en el primero o en el segundo, pero siempre permanecen en el ámbito de estas dos dimensiones. Un concepto de Derecho no-positivista incluye necesariamente un tercer elemento, que es la *corrección del contenido*.⁴⁴

En la concepción de ALEXY, ambos elementos de la concepción positivista permanecen en el ámbito de la dimensión fáctica (o real) del Derecho. Ahora, las teorías positivistas no aceptan una necesaria conexión entre Derecho y moral: ellos defienden, ya sea que no hay una conexión del todo entre los dos –positivismo excluyente– o que la conexión es una cuestión de convención –positivismo excluyente–.⁴⁵ De manera breve, el positivismo jurídico defiende que no hay una necesaria conexión entre Derecho y moral, o lo que puede llamar como la tesis de la separación. Desde ahora, cuando digo que los positivistas jurídicos defienden que no hay una conexión entre Derecho y moral, me refiero a la tesis de la

⁴³ Si el Derecho fuera concebido solamente como un sistema de reglas (lo que, desde mi perspectiva, sería un concepto de Derecho inapropiado), la discrecionalidad aún existiría, pero sería significativamente más estrecha que en un sistema de principios (o de principios y reglas), ya que las reglas son más específicas, estas dejan un margen de decisión más estrecho para aquellos que las aplican.

⁴⁴ ALEXY, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, cit., p. 13; ALEXY, R., "An Answer to Joseph Raz", en G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, pp. 294-296.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 285 y 286.

separación en el sentido que acabo de explicar.⁴⁶ Empero, el Derecho tiene, en su punto de vista, dos dimensiones, la real (o fáctica) y la ideal, a la cual corresponden dos principios generales: *seguridad jurídica* y *corrección del contenido*.⁴⁷ Todo aquel que presenta un concepto de Derecho tiene que ponderar estos dos principios principales. Debido al hecho de que no incluyen la corrección de contenido en su concepto de Derecho, las teorías positivistas consideran, de acuerdo con ALEXY, solamente una de las dimensiones (la fáctica). De entre los conceptos no positivistas de derechos, tres concepciones pueden ser diferenciadas: exclusiva, inclusiva y la súper-inclusiva. La primera concepción privilegia la dimensión ideal en un grado extremo, tal como –según ALEXY⁴⁸– la teoría de BEYLEVELD y BROWNSWORD,⁴⁹ en la que ante cada defecto moral cede la validez jurídica (no-positivismo exclusivo). De conformidad con ALEXY, esto es muy radical, porque no considera la seguridad jurídica. La segunda concepción, el no-positivismo incluyente, implica que los defectos morales cesan la validez jurídica solamente cuando el umbral de injusticia extrema es alcanzado.⁵⁰ Tal concepción, la cual es sustentada por ALEXY, considera ambas, la dimensión ideal y la real del Derecho.⁵¹ La tercera concepción, que de acuerdo con ALEXY fue defendida por KANT, afirma que a pesar de que el Derecho es derivado de la moral, los defectos morales no afectan la validez jurídica.⁵² No manejaré los diferentes aspectos y la gran discusión acerca del concepto de Derecho que una posición tal como la de ALEXY genera. Para el razonamiento que quiero desarrollar aquí debería ser suficiente mencionar que su concepción es claramente diferente de las posiciones positivistas, tales

⁴⁶ Se podría decir que, ya que el positivismo incluyente admite la conexión entre Derecho y moral, estos no defienden la tesis de la separación. ALEXY dice que se puede distinguir entre la tesis de la separación, defendida por los positivistas excluyentes, y la tesis de la separabilidad, defendida por los positivistas incluyentes. En aras de simplificación, me referiré a ambas como la tesis de la separación. Ver ALEXY, R., “An Answer to Joseph Raz”, *cit.*, pp. 285 y 286.

⁴⁷ ALEXY, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, *cit.*, pp. 13-19; ALEXY, R., “The dual Nature of Law”, *Ratio Juris*, No. 23, 2010, pp. 167-182.

⁴⁸ ALEXY, R., “An Answer to Joseph Raz”, *cit.*, p. 287.

⁴⁹ Ver BEYLEVELD, D. y R. BROWNSWORD, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, p. 76; BEYLEVELD, D. y R. BROWNSWORD, *Law as Moral Judgement*, pp. 352-356).

⁵⁰ ALEXY, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, *cit.*, pp. 40-62; ALEXY, R., “An Answer to Joseph Raz”, *cit.*, p. 287.

⁵¹ ALEXY, R., “An Answer to Joseph Raz”, *cit.*, pp. 287 y 288.

⁵² *Ibidem*, pp. 288-290.

como las de Kelsen y Hart, para quienes, como hemos visto, los estándares morales tienen influencia en el Derecho, pero no son parte del concepto de Derecho.⁵³

Otro punto importante del concepto de Derecho de Alexy es que no se limita a considerar al Derecho como orden normativo (como lo hicieron Kelsen y Hart), en cambio, como ya mencioné, incluye todos los argumentos que se emplean en el procedimiento de aplicación jurídica.⁵⁴ Este punto es de gran significado para mi argumento, ya que, desde mi perspectiva, los conceptos positivistas de Derecho de Kelsen y Hart no incluyen el razonamiento jurídico.⁵⁵

A mi juicio, lo que falta en las teorías positivistas de Kelsen y Hart es una teoría de la aplicación jurídica que pueda lidiar con el problema de la indeterminación del Derecho, lo cual ellos correctamente observaron. El hecho de que Dworkin desarrolló –después de su primera crítica sobre el positivismo jurídico (que apareció en *The Model of Rules I*)– una teoría de la aplicación jurídica, el Derecho como integridad, es prueba de ello.

En 1979, Alexy notó correctamente que la teoría de los principios de Dworkin necesitaba un complemento de una teoría de la interpretación (o argumentación).⁵⁶ Después de eso hubo un giro en la teoría de Dworkin, que puede ser denominado como un giro interpretativo. Este giro comenzó con algunos artículos que fueron publicados después de *Taking Rights Seriously*,⁵⁷ pero fue

⁵³ Desde mi perspectiva, la crítica de Raz al concepto de Derecho de Alexy no está bien fundamentada, ya que está basada en una lectura errónea de la distinción de Alexy sin prestar atención a la naturaleza dual del Derecho: la ideal y la real (Raz, J., "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", en G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, pp. 17-36). Yo incluso sugeriría que Raz malinterpreta completamente la distinción de Alexy, porque no identifica que, en la mayoría de los casos, Alexy está hablando acerca de una relación entre lo que es Derecho y lo que debería ser, y no solamente acerca del Derecho como es, como sugiere Raz. Relativo a una respuesta a los argumentos de Raz, ver Alexy, R., "An Answer to Joseph Raz", *cit.*, pp. 37-55.

⁵⁴ Alexy, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, *cit.*, p. 127.

⁵⁵ Los positivistas jurídicos no afirman esto expresamente, pero la aplicación jurídica (y la interpretación) no fue el principal foco de atención. El mismo Hart reconoció que este era un problema de su teoría. Ver Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, *cit.*, p. 259.

⁵⁶ Alexy, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, *cit.*, p. 86.

⁵⁷ Ver Dworkin, R., "The Model of Rules I", en R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pp. 14-45.

realmente explícito en *Law's Empire*,⁵⁸ en la que presentó al Derecho como empresa interpretativa, y la interpretación como una integridad. Si DWORKIN consiguió o no probar su tesis, es una cuestión polémica. Muchos teóricos jurídicos contemporáneos no creen que lo logró.⁵⁹ Después de este giro interpretativo, algunos autores como RAZ creen que las teorías de DWORKIN y HART no colisionan. Citando a HART, quien ya había dicho en el *Postscript* del "Concepto del Derecho" (*The Concept of Law*) que su teoría y la de DWORKIN no entran en conflicto, porque ambas son empresas diferentes (Hart, 1994: 241), Raz (2001, pp. 1-37), afirma que DWORKIN está más preocupado "en algunas de las provincias del derecho más que en su imperio". DWORKIN no estaría interesado en explicar la naturaleza del Derecho, en cambio, en cómo deberían resolver los casos los tribunales americanos y británicos (Raz, 2001, p. 37). En otras palabras, desde la perspectiva de RAZ, entre la teoría de HART y DWORKIN no hay una contradicción, porque la primera es una teoría acerca de la naturaleza del Derecho, mientras que la segunda es una teoría de la adjudicación angloamericana, si esto fuera así.⁶⁰ La identificación de RAZ, de la teoría de DWORKIN como una teoría jurídica de la adjudicación sin la base de un concepto de Derecho y de la teoría de HART como una teoría sobre el concepto de Derecho, parece más apropiada. No obstante, falla en algo: no deja claro que las dos cuestiones, es decir, el concepto de Derecho y la aplicación jurídica (o interpretación) deben permanecer juntas, porque estas dependen profundamente una de la otra.

5. POR QUÉ LA DISCRECIONALIDAD ES UN PROBLEMA Y CÓMO PUEDE SER COMBATIDA

El hecho de que un sistema de normas estipule discrecionalidad *prima facie* a aquellos que las aplican, me parece irrefutable. Si la discrecionalidad es un hecho, ¿por qué deberíamos combatirla? ¿No deberían las teorías jurídicas solamente aceptarlo? En mi opinión, la existencia de la discrecionalidad y la

⁵⁸ Ver DWORKIN, R., *Law's Empire*.

⁵⁹ Ver PAVLAKOS, G., "Two Concepts of Objectivity", en G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, pp. 83-108.

⁶⁰ ¿Cómo puede el mismo RAZ, que en 1984 había dicho que la teoría de DWORKIN y las positivistas se parecen más de lo que uno usualmente cree (RAZ, J., "Two Views of the Nature of the Theory of Law - A Partial Comparison", en J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, p. 35), en 2001 decir que no colisionan? Él puede, y ciertamente aquí parece que está en lo correcto, porque antes en 1984 la teoría de DWORKIN y las positivistas se parecían en gran medida, pero después el giro interpretativo de DWORKIN, estas se volvieron realmente diferentes.

necesidad de combatirla son dos cuestiones diferentes, las cuales están relacionadas con dos funciones fundamentales de las teorías jurídicas. La primera función es descriptiva: las teorías jurídicas tienen que describir consistentemente la práctica social de lo que llamamos Derecho. En tal función descriptiva, negar la discrecionalidad sería un error. Si este es el caso, para demostrar que las teorías jurídicas deben tratar de resolver el problema de la discrecionalidad se debe mostrar que (i) es posible resolverla o al menos el minimizarla y que (ii) es necesario el intentar combatirla.

(i) ¿Es posible combatir la discrecionalidad? Me parece que lo es. Y considero que las teorías jurídico-normativas tienen más oportunidades de cumplir con esta tarea. Las teorías descriptivas pueden reconocer discrecionalidad jurídica (KELSEN y HART son prueba de ello). Incluso permaneciendo descriptivas, estas podrían reconocer que solucionar (o minimizar) el problema de la discrecionalidad jurídica es necesario, siempre que hayan aceptado una conexión entre el Derecho y la moral. Pero incluso en tal caso, sería más difícil para estas encontrar una solución a este problema, porque no parece encontrarse nada –en el Derecho descrito como un sistema de normas o incluso en el Derecho descrito como un sistema de normas que incluyen estándares morales– que pueda ser un candidato para esta tarea. De este modo, no solamente los positivistas inclusivos, sino también cualquier teoría jurídica que permanezca descriptiva (incluso si ha aceptado una necesaria conexión entre Derecho y moral), tendrían dificultades para resolver el problema de la discrecionalidad, porque para que sean coherentes con sus premisas, en otras palabras, que permanezcan descriptivas, estas no podrían incluir necesariamente una dimensión evaluativa en el concepto de Derecho. Las teorías jurídicas que asumen un carácter normativo tienen más oportunidades de cumplir con esta tarea, porque estas pueden *prescribir* una metodología para la aplicación jurídica que va más allá de la mera descripción de lo que en *los hechos* hagan los abogados, oficiales, jurisconsultos y quien sea que trabaje con el Derecho.

Las teorías que son descriptivas *pueden ser* evaluativas solamente en un menor grado. Ciertamente, una teoría jurídica descriptiva que observe que hay una conexión necesaria entre Derecho y moral, y también el hecho de que exigir seguridad es un hecho moral, aceptaría entonces que el Derecho tiene que alcanzar seguridad de la mayor manera posible. Considerando que la textura abierta de Derecho también es un hecho, una teoría descriptiva tendría que describir las prácticas jurídicas, y elegir, entre ellas, aquella que alcance seguridad en un mayor grado. No obstante, esta dimensión normativa estaría confinada –en un grado muy pequeño– a los límites de lo fáctico, esto es, tal teoría

descriptiva no sería capaz de hacer posible, más allá de las prácticas que en los hechos existen, que el Derecho permanezca evolucionando como una práctica. Las teorías descriptivas que no aceptan una necesaria relación entre Derecho y moral pierden este pequeño grado de evaluación, y son evaluativas solamente en un grado mínimo, lo que quiere decir que son evaluativas solamente en el sentido de que tienen que realizar algunas decisiones (lo que es el caso de las teorías de Kelsen y Hart). Estas teorías descriptivas consideran a la moral como un mero hecho.

Por otro lado, las teorías que son normativas afirman una conexión entre Derecho y moral, pero también afirman que la función de las teorías jurídicas no es solamente describir las prácticas jurídicas o elegir la mejor práctica jurídica entre las existentes: estas van más allá de esto, además de describir el Derecho como es, lidian con el cómo el Derecho debería ser. La moral que defienden no es meramente fáctica. Estas aceptan una dimensión ideal que es rechazada por las teorías descriptivas (incluso por aquellas que aceptarían una conexión entre Derecho y moral).⁶¹

(ii) ¿Por qué debería ser necesario el combatir la discrecionalidad? Desde mi punto de vista, la única respuesta que se puede presentar a esta pregunta es

⁶¹ En breve, mis argumentos son los siguientes:

1. Las teorías normativas vinculan el Derecho con la moral y consideran a la última en su dimensión ideal;
2. Las teorías descriptivas, que eran evaluativas solamente en un pequeño grado, aceptarían una conexión necesaria entre Derecho y moral como un hecho, describirían las prácticas existentes y determinarían qué práctica es la mejor, por ejemplo, cuál es la más consistente o cuál alcanza de mejor manera algunos hechos morales;
3. Las teorías descriptivas que son evaluativas solamente en un grado mínimo, tales como la de Hart y Kelsen, no aceptan que la moral esté necesariamente vinculada al Derecho. Estas son evaluativas solamente en el sentido de que realizan ciertas decisiones.

De hecho, es muy difícil el ver cómo una mera descripción de las prácticas jurídicas podría ser considerada como una metodología para la aplicación jurídica, debido a que la práctica jurídica no es uniforme: jueces, oficiales, abogados, jurisconsultos y quien sea que trabaje con el Derecho, aplican el Derecho utilizando diferentes metodologías. Alguien podría decir que una teoría descriptiva que acepte una necesaria conexión entre Derecho y moral podría apuntar a una metodología: podrían, por ejemplo, de entre las diferentes prácticas jurídicas, elegir aquella que sea más apta para la seguridad jurídica; tal teoría aceptaría la moral como un hecho moral. Pero esto, por supuesto, como hemos visto, volvería a esta teoría descriptiva en una teoría normativa en un grado menor. Además, todavía presentaría desventajas: primero, dependería de la existencia necesariamente de un orden moral positivo; segundo, tendría que conciliar el requisito de seguridad jurídica con el requisito de justiciar, el cual también sería exigido por la conexión entre Derecho y moral. De nuevo, tal teoría no sería más, desde mi punto de vista, una teoría descriptiva.

que resolver el problema de la discrecionalidad es exigido por la seguridad jurídica. La discrecionalidad significa que hay, al menos *prima facie*, diferentes posibilidades que dispone el Derecho para un caso concreto, que se encuentran frente a quien aplica el Derecho. La discrecionalidad debería ser reducida en la mayor medida posible, debido a que la *exigencia* básica de seguridad, en el sentido de que los seres humanos necesitan saber de antemano las reglas que guiarán su comportamiento y las sanciones que serán aplicadas en el caso de transgresiones.⁶²

Las teorías positivistas, tales como la de Kelsen o Hart, limitadas por sí mismas al diagnóstico de la discrecionalidad, ya que no aceptan la inclusión de la dimensión ideal, no aceptan que las teorías jurídicas tienen un carácter normativo. Parece existir una paradoja que tienen que afrontar las teorías positivistas, tales como la de Kelsen y Hart, sin ser capaces de resolverla: el mismo principio que es la base de su concepto de Derecho –esto es, la seguridad jurídica, que

⁶² Pero esto no demuestra que las teorías jurídicas deban tener otra dimensión más que la descriptiva, porque podría ser dicho, por ejemplo, que la seguridad jurídica puede ser considerada por una teoría jurídica que conecta el Derecho a la moral y permanece meramente descriptiva. Se podría decir que si la seguridad jurídica es una exigencia moral, una teoría jurídica que describa las exigencias morales es todavía una teoría descriptiva. En tal caso, tal teoría jurídica sería normativa solamente en el sentido de sus objetos son normas, pero sería todavía meramente una teoría descriptiva. La pregunta sería entonces: ¿cómo podría una teoría, es decir, una teoría que necesariamente vincule Derecho y moral, pero que es solamente descriptiva, ser clasificada? ¿Debería ser considerada como una teoría positivista, porque sería solamente descriptiva, o debería ser considerada como una teoría no positivista, porque aceptaría la necesaria conexión entre Derecho y moral? No tengo que lidiar con esta respuesta aquí, porque los autores que manejo, es decir, Kelsen y Hart, no aceptan la dimensión normativa y no defienden una conexión necesaria entre Derecho y moral. No obstante, puedo y debo decir dos cosas: primero, cuando me refiero a la dimensión normativa, me refiero al hecho de que la teoría misma debe ser normativa, esto quiere decir que no me refiero por “normativo” al hecho de que cada teoría tiene que realizar algunas elecciones. Si “ser normativa” significará el hecho de que cada teoría tiene que realizar algunas elecciones (y por lo tanto, de algún modo ser evaluativa), entonces cada teoría jurídica creada, incluso las positivistas, sería normativa. Segundo, es difícil aceptar (aunque no difícil imaginar) una teoría jurídica que sería descriptiva y que, al mismo tiempo, aceptaría una necesaria conexión entre Derecho y moral, ya que tal teoría tendría que considerar la moral como un hecho (lo que es decir, como un orden positivo), y para poder permanecer descriptiva tendría que defender la existencia de solamente un orden positivo moral, porque si hubiera diferentes ordenamientos morales positivos, tal teoría no podría ser meramente descriptiva, ya que tendría que desarrollar una metodología para elegir uno los órdenes moral disponibles (en otras palabras, tendría que ser normativa). Desde mi perspectiva, Kelsen está en lo correcto cuando dice que que no únicamente hay un solo, sino, en cambio, diferentes ordenamientos morales positivos, y debido a esto, una teoría que necesariamente vincule el Derecho con la moral positiva y que es al mismo tiempo meramente descriptiva no es posible.

las encamina a negar la necesaria conexión entre Derecho y moral–, les exige resolver (o al menos minimizar) la discrecionalidad jurídica. Sin embargo, estas no parecen ser capaces de resolver el problema, porque solucionarlo significaría, al parecer, una dimensión normativa de sus teorías. Esto implicaría la necesaria conexión de la dimensión ideal del Derecho (moral), la cual no pueden aceptar los positivistas.

Aquellos que no encuentran el concepto positivista de Derecho como el más apropiado pueden argumentar que solamente un concepto de Derecho no-positivista tiene el potencial de solucionar el problema de la discrecionalidad, porque considera las dos principales dimensiones del Derecho, es decir, la ideal (representada por la *corrección del contenido*) y la real (representada por la *seguridad jurídica*). Si mi análisis es correcto, el ser normativa es tal vez una característica necesaria, pero no suficiente, que las teorías jurídicas deben tener para lograr combatir el problema de la discrecionalidad.

Que un concepto positivista o no-positivista sea el más apropiado, no puede ser investigado aquí. Es suficiente concluir que la razón del porqué los conceptos positivistas de Derecho, tales como los de Kelsen o Hart, no pueden resolver o minimizar el problema de la discrecionalidad, no se debe a la ausencia de principios en sus teorías, en cambio, a la falta de desarrollo de teorías elaboradas de la adjudicación jurídica. Y la razón de que no pudieron desarrollar tales teorías elaboradas parece ser el hecho de que sus teorías son meramente descriptivas. Que se pueda desarrollar de hecho una teoría descriptiva, capaz de combatir la discrecionalidad, permanece, dentro de los límites de este ensayo, como una cuestión abierta.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, R., "Zum Begriff des Rechtsprinzips", *Rechtstheorie*, No. 1, 1979, pp. 59-87.

Alexy, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, 1983.

Alexy, R., *Begriff und Geltung des Rechts*, Alber Verlag, 1992.

Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, 1994.

Alexy, R., "An Answer to Joseph Raz", en G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, 2008, pp. 37-55.

Alexy, R., "The dual Nature of Law", *Ratio Juris*, No. 23, 2010, pp. 167-182.

Beyleveld, D. y R. Brownsword, *Law as Moral Judgement*, Sweet & Maxwell, 1986.

- BEYLEVELD, D. y R. BROWNSWORD, *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford University Press, 2001.
- DWORKIN, R., "The Model of Rules I", en R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1977.
- DWORKIN, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN, R. "Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy", *Oxford Journal of Legal Studies*, No. 24, 2004, pp. 1-37.
- ESSER, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: rechtsvergleichend Beiträge zur rechtsquellen*, Mohr Siebeck, 1956.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 2ª ed., Oxford University Press, 1994.
- HOERSTER, N. K., "Vergleich der Theorien der Rechtsgeltung von Hans Kelsen und H.L.A. Hart", en S.L. Paulson y R. Walter (ed.), *Untersuchungen zur reinen Rechtslehre*, Manz Verlag Wien, 1986.
- KELSEN, H., *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979.
- KELSEN, H., *Reine Rechtslehre*, 1992.
- PAVLAKOS, G., "Two Concepts of Objectivity", en G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, 2007.
- RAZ, J., "Legal Principles and the Limits of law", *The Yale law journal*, Vol. 81, No. 5, 1972, pp. 823-854.
- RAZ, J., "Legal Principles and the Limits of law", en M. Cohen, *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Rowman & Allanheld, 1984.
- RAZ, J., "Two Views of the Nature of the Theory of Law - A Partial Comparison", en J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, 2001.
- RAZ, J., "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", en G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Hart Publishing, 2007.
- SCHAPIRO, S.J., "The 'Hart-Dworkin' Debate: Short Guide for the perplexed", en A. Ripstein (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge University Press, 2007.
- WIEDERIN, E., "Regel - Prinzip - Norm: zu einer Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Joseph Esser", en S.L. Paulson y R. Walter (ed.), *Untersuchungen zur reinen Rechtslehre*, Manz Verlag Wien, 1986.

Recibido: 14/5/2025
Aprobado: 18/7/2025