

Los sistemas jurídicos y la teoría del razonamiento judicial: una lectura de H. L. A. Hart*



Víctor Alberto Quinche Ramírez**

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es presentar una reflexión acerca de la noción de sistema jurídico en H. L. A. Hart, a la luz de una reconstrucción en escorzo del concepto en su obra central *El concepto del derecho*, contrastada, con fines hermenéuticos, con la noción de *interpretación de la norma* que está en la base de la discusión con Dworkin. El tratamiento de este tema, uno de los más importantes en lo que tiene que ver con las teorías constructivistas del derecho, supone dos componentes: uno reconstructivo y el otro analítico-propositivo.

Primero se propone un replanteamiento de la noción de *sistema jurídico* a la luz de la idea previa de lenguaje corriente, que se supone plausible como punto de partida para el análisis de la obra de Hart. La tesis es un corolario de la postura oxoniense tradicional, según la cual, luego del giro lingüístico, una tentativa válida de resolución de problemas tradicionalmente irresueltos consiste en la disolución del peso específico que presentan en la tradición. Esto es el resultado de una crítica terapéutica que consiste en un análi-



* Agradezco las sugerencias, indicaciones y la paciencia en el proceso de elaboración de este escrito de los siguientes colegas: profesores Manuel Quinche y Ángela Uribe y el señor Camilo Sarmiento.

** Investigador del Grupo Estudios sobre Identidad, de la Escuela de Ciencias Humanas de la Universidad del Rosario.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(2): 257-275, julio-diciembre de 2003

sis del lenguaje. En éste se parte de la plausibilidad de adjudicar a las palabras el contenido que ellas poseen en el habla ordinaria, por lo tanto, éste surge como el lugar de solución de los problemas heredados de la tradición. A la luz de esta estrategia se propondrá que la lectura de Hart puede ser reconducida a la línea del análisis del lenguaje corriente, si bien veremos que se encuentra técnicamente complementada por modelos de habla restringidos. En este expediente encontramos plausible interpretar el modelo hartiano tanto de los tipos de norma como de las posibilidades de su lectura.

Una vez hecha esta reconstrucción, se plantea que los problemas resultantes de la tesis de la discrecionalidad judicial son consecuencia lógica de la opción por la vía escogida de análisis lingüístico, y que el modelo es incompatible con el modelo Dworkin, en la medida en que (siguiendo nuestro criterio metatextual) se encuentran en oposición aquí dos estrategias divergentes de análisis del lenguaje. Una solución posible (ésta también desde el punto de vista de las metateorías) se encuentra en el terreno de la relación entre derecho y moral (otro de los lugares de batalla entre los autores). De esta manera, en la tercera parte del texto se señalan las líneas más generales del ámbito de la discusión acerca de las relaciones como lugar posible de disolución del conflicto a partir, esta vez, de la revaloración del legado clásico debilitado en términos hartianos según el principio del contenido mínimo del derecho.

Por último, se propone que la suma de las divergencias puede ser reconsiderada si se introduce, como tema previo al establecimiento de las características de los sistemas jurídicos, algún tipo de teoría del razonamiento lo suficientemente amplia como para decidir, en cuanto a plausibilidad teórica y coherencia interna, los fundamentos de la discusión en términos racionales antes que lingüísticos. Lo anterior se llevaría a cabo en el marco de una teoría de la argumentación, que supone una teoría de la racionalidad (este punto necesita una reconstrucción en torno a las lecturas divergentes del utilitarismo, presentes en los dos autores; sin embargo, el espacio de esta discusión será tratado tan sólo de contera como presupuesto de un trabajo posterior).

1. LAS CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA JURÍDICO PROPUESTAS POR HART SUPONEN UNA DECISIÓN PREVIA ACERCA DE LO QUE SE ENTIENDE COMO LENGUAJE QUE INCLUYE LA CONCEPCIÓN GENERAL DEL DERECHO

El concepto del derecho de Hart pertenece a una tradición de la filosofía del lenguaje ordinario de Oxford, que parte del supuesto según el cual el empleo corriente de los términos debe constituirse en la tabla de medida de los discursos y de los problemas. De esta manera, frente al problema de lo jurídico, uno puede optar por un análisis del uso cotidiano de las palabras —como en efecto lo hace Hart—, enfrentado a una estrategia tradicional de definición según género y diferencia específica, siempre y cuando se conserve la perspectiva técnica en la que los funcionarios las emplean (en un sentido por decirlo así ‘oficial’). De esta manera, citando el Alegato a favor de las excusas de Austin, Hart escribe: “Al buscar y hallar tales definiciones no contemplamos simplemente palabras.... sino también las realidades para hablar acerca de las cuales usamos las palabras. Estamos usando una agudizada conciencia de las palabras para agudizar nuestra percepción de los fenómenos”.¹ De esta manera, un discurso acerca de los términos jurídicos (por ejemplo, uno acerca del significado de la expresión *sistema jurídico*) no sólo se refiere a los términos que la conforman.

A través de estos términos, o mejor, en los términos mismos empleados, se encuentra la acción misma: el acontecimiento *sistema jurídico* (acto de habla y hecho simultáneamente). Por lo tanto, una descripción de las expresiones correctas para referirnos a éste servirá, por una parte, como lugar de control de las formas tradicionales del discurso y, por otra, solucionará los problemas que tales formas hacían suyos. En este sentido, Hart hace propia una postura de uno de sus colegas en Oxford, Gilbert Ryle, quien escribe en *El concepto de lo mental* (libro que guarda mayores afinidades con el libro de Hart que el simple título): “Cuando describimos a los demás como ejercitando cualidades mentales, no nos referimos a episodios ocultos que causan sus expresiones lingüísticas y sus actos manifiestos, sino a las expresiones y actos en sí mismos”.²

¹ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 18.

² Ryle, Gilbert, *El concepto de lo mental*, Buenos Aires, Paidós, 1967, p. 26.

Si dejamos de lado el objetivo de los dos textos, podemos afirmar que, en sentido estricto, en ambos sucede algo muy similar, aunque Hart mismo no es partidario del conductismo tipo Ryle (heredero de la sociobiología y el conductismo social de principios de siglo). El supuesto metodológico supone la validez de la tesis de la filosofía analítica: los análisis del lenguaje clarifican los problemas, o, como lo expresa Páramo:

El análisis del lenguaje jurídico por parte de los abogados se convertía en una herramienta clarificadora del lenguaje filosófico. Los términos son usados en el contexto de una práctica social que les da un sentido y un significado público susceptible de análisis crítico. Es decir, lo que nos interesa en el análisis filosófico no es tanto la teoría de los juristas acerca de los términos "intención", "voluntad" y similares, sino el uso práctico jurídico de tales términos por parte de los abogados y juristas en general, es decir, por parte de aquellos sujetos que usan el lenguaje jurídico.³

Tenemos entonces dos usos del lenguaje: (i) el uso 'corriente', esto es, el que cualquier hablante de una lengua adjudica en sus interacciones lingüísticas a los términos del lenguaje que emplea usualmente, y, por otra, tenemos lo que llamaremos un (ii) "uso corriente pero técnico", que consiste en la carga semántica compartida por una comunidad específica (en este caso, la comunidad de los operadores jurídicos). La tesis de Hart es que el análisis del uso (ii) conduce a la clarificación de los problemas del derecho (en este sentido está más emparentado con Austin y con las teorías institucionales de los actos de habla que con el mismo Ryle).

Esto es, sin embargo, problemático por la siguiente razón: en el análisis de los posibles discursos acerca del derecho, los interlocutores válidos son todos los agentes del sistema e incluso los agentes extrasistémicos (aquellos que tienen lo que Hart ha denominado el "punto de vista externo"). Ya Llewelyn había indicado una teoría de los "puntos de vista" sobre el derecho, en la que introducía como agentes de actos de habla acerca de lo jurídico a A-los jueces, B-los legisladores, C-los abogados en ejercicio, D-los estudiantes de derecho, E-los profesores de derecho, F-los teóricos del derecho y G-los sujetos 'pasivos', esto es, todos los ciudadanos cuyas acciones caen dentro del ámbito de lo jurídico.



³ Páramo, Juan R. De., *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 17.

El análisis hartiano, entonces, es deficitario en el sentido en que cubre los casos de la lista A-F, pero el caso G (el del sujeto corriente, aislado del empleo técnico del lenguaje) representa una asimetría en el modo del uso del lenguaje: la carga semántica de los términos no es aquí la misma que en el primer tipo. Sin embargo, encontramos en el texto una posible solución a este problema, a partir del concepto mismo del derecho entendido como “pautas o criterios generales de conducta”, que bien merece un comentario.

La idea del derecho, que proviene de la tradición del paleopositivismo, es incompleta y monológica. En efecto, conduce todo el valor de los enunciados jurídicos a la prueba por la fuerza del cumplimiento de la ley, y concomitantemente reduce el derecho a la norma punitiva. En este sentido, un enunciado será calificado de jurídico si y sólo si incluye en su carga semántica la idea de sanción. Desde el punto de vista de la teoría Kohlberg-Piaget, este tipo de expedientes explicarían tan sólo las concepciones meramente convencionales del derecho, y no serían garantía de la introyección racionalmente mediada de la norma (típica de los discursos acerca de lo jurídico que provienen de la tradición kantiana). En este caso, el derecho es la simple fuerza de ley, su aparato reproductor es la violencia coactiva del aparato de Estado y se presta a todo tipo de totalitarismo enmascarado bajo la rúbrica Estado de derecho.

La perspectiva hartiana es bien diversa: al incrementar la carga semántica del término por medio del análisis contextual de actos jurídicos mentales, Hart ha identificado la relación ciudadano-norma desde el punto de vista posconvencional del convencimiento racional (al que le agrega una interesante teoría cuasipsicológica de la validez y eficacia del derecho), bajo la rúbrica del conjunto de “pautas o criterios generales de conducta”, esto es, normas con valor cuasimoral, reputadas convenientes por los ciudadanos como posibilidades reales de llevar a cabo sus planes de vida. En este contexto teórico, los actos de habla de los sujetos ‘pasivos’ del derecho estarían cobijados tan sólo de contra, habida cuenta de que el texto de Hart deja descubierta la opción de estudiar más de cerca el tipo de racionalidad requerido para este tipo de conductas con la norma (que sería, evidentemente, más propio de un tratamiento ‘continental’ del problema) y soluciona vía empiria el expediente en actos de habla concretos no fundamentados previamente.

Por lo tanto, al no estar cubiertos por la teoría, debería intentarse bien sea (i) una teoría de actos de habla no mediada institucionalmente, que requiera la clarificación por medio del consejo profesional, o (ii) una teoría hegemónica del uso del lenguaje con consecuencias perversas para la aplicación del derecho (del tipo “la ignorancia de la ley no es excusa”, en cuanto enunciados de este tipo, con sus pretensiones universalistas, cumplen con funciones de ‘normalización’ en sentido general, que en sentido singular devienen ejercicios de control y de poder incontrolados).

La tesis en este primer punto es, por lo tanto, que el análisis del lenguaje se refiere a su empleo por parte de la comunidad de los expertos, y que, en consecuencia, la teoría del derecho resultante en Hart está contextualmente mediada.

Esta tesis tiene una consecuencia para el establecimiento conceptual del campo lógico de aplicación del concepto de *sistema jurídico*. La decisión metodológica de Hart determina de antemano la concepción y la solución final del problema. Si observamos el funcionamiento estructural del texto de Hart, podemos notar la plausibilidad de la tesis. El texto puede ser dividido en las siguientes partes:

Introducción metodológica. Ésta presenta tanto el diseño del texto como una presentación (deficiente) de la noción de análisis que va a ser aplicada (capítulo 1 del texto).

Capítulos II a IV: análisis crítico de las teorías paleopositivistas del derecho (Austin y Bentham). En esta parte, por medio de una reconstrucción del léxico último (en el sentido de Rorty)⁴ de la teoría, se demuestra que la descripción lingüística del derecho mediante la noción simple de *regla* no da razón de los sistemas jurídicos modernos. La explicación es la siguiente: a partir del término descriptor clave *soberano* se deducen analíticamente las expresiones concomitantes *hábito general de obediencia* y de *regla*, entendida esta última como el contenido perlocucionario de los actos de habla del soberano. Ambos términos no son suficientemente fuertes genéticamente para indicar las transformaciones de los sistemas (crítica en el ámbito tradicional del sistema antiguo) y, por otra parte, no dan razón sino, a lo sumo, de sistemas excesivamente simples (crítica a la falta de poder explicativo de la



⁴ Rorty, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Madrid, Paidós, 1995.

teoría). En consecuencia (crítica en el campo de lo predictivo de las teorías simples del derecho) la explicación es tan sólo autovalidatoria y no tiene la fuerza suficiente para aclarar los problemas en sistemas complejos, y, por último, supone el empleo de niveles excesivamente simples del lenguaje (la pérdida semántica resultante se ve complementada —aparte de los déficits anotados— en la falta de elegancia y perspicuidad de las teorías de este tipo): “La raíz del fracaso es que los elementos con que se ha construido la teoría, a saber las ideas de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas, no incluyen, ni tampoco pueden producir mediante su combinación, la idea de regla, sin la cual no podemos abrigar la esperanza de elucidar ni siquiera las formas más elementales de derecho”.⁵ Esto requiere entonces:

Capítulos V a VII: la refundamentación del derecho. A partir del otorgamiento de una carga semántica más fuerte y una reformulación del término clave del léxico último, la noción compleja de *regla*, que hace a la teoría más plausible, porque comparte los rasgos de las teorías científicas: elegancia, amplitud del poder descriptivo, economía en los medios empleados, alto nivel predictivo, completitud formal y deductibilidad lógica de los componentes del sistema a partir de las consecuencias de los principios entendidos como axiomas. Este proceso se da en dos pasos: (i) en el momento se reexamina la carga semántica de la idea simple de obligación del concepto paleopositivista del derecho, y se otorga a éste, simultáneamente, un nuevo papel social. Desde este punto de vista, hay una mutación en cuanto a la metodología: al análisis del lenguaje (los términos y los enunciados jurídicos resultantes son ahora vistos intrasistemáticamente en su operación como términos fundadores de las prácticas sociales) se vincula una teoría sociológica del ejercicio de los conceptos (en efecto, la teoría de los puntos de vista remodela la concepción imperativa del derecho propia del paleopositivismo, en una versión social —heredada de los sistemas morales— en la que los sujetos ven en el derecho “pautas o criterios generales de conducta” a ser asimilados en el nivel posconvencional de las interacciones normativamente mediadas —como se ha anotado antes en el breve comentario—). (ii) Como resultado del análisis y del punto de vista social, el derecho surge como un mecanismo de facilitación de las

⁵ Hart, *El concepto del derecho*, op. cit., p. 101.

acciones (“¿quieres hacer algo? El derecho te lo permite, te indica el orden que debes seguir en las acciones que te propones”, enfrentado a “¿quieres hacer algo? Cuídate de hacer lo correcto, o si no caerá sobre ti el peso de la ley”).

Desde el punto de vista del análisis, el nuevo concepto de *regla* es complejo: el derecho, esto es, los sistemas jurídicos complejos modernos (de los cuales se predica nacimiento, madurez y muerte, en una teoría orgánica del derecho) gravitan en torno a la unión de reglas primarias de obligación (rasgo compartido con las teorías imperativas paleopositivistas) y reglas secundarias (que solucionan los problemas de las teorías imperativas) de procedimiento, de cambio y de adjudicación, complementadas por el seguro estructural: la “regla de reconocimiento”.

En un sistema jurídico moderno, las funciones punitivas del derecho (en las que se reconocía su única relevancia práctica en la tradición paleopositivista) son remodeladas en el nivel social merced al establecimiento de los nuevos contenidos del concepto (ahora central) de *obligación*, cuyas características son: importancia, seriedad de la presión social y beneficio social —incluso a costas del beneficio individual—. Surgen analíticamente dos versiones de la regla: su aspecto ‘interno’ (enunciados sobre lo jurídico emitidos por un hablante del lenguaje “corriente técnico” que es un miembro del sistema) y su aspecto ‘externo’ (la clase de los enunciados emitidos por un sujeto que observa el sistema sin estar cobijado por él): “lo que no puede reproducir el punto de vista externo, que se limita a las regularidades observables de conducta, es la manera en que las reglas funcionan como tales en la vida de quienes normalmente constituyen la mayoría de la sociedad”.⁶

El elemento central ahora es el de la “regla de reconocimiento”, que se constituye en la garantía de sistematicidad de los sistemas jurídicos y en su piedra de toque. Su existencia es una *quaestio facti*, una “regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación”⁷ —caso de sistemas simples, en los que puede ser identificada con la Constitución o con un corpus escrito—. En los sistemas complejos, las reglas de reconocimiento identifican

⁶ *Ibid.* p. 112.

⁷ *Ibid.*, p. 118.

a las demás reglas “por referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias”,⁸ y son el lugar de determinación de la diferencia entre validez y eficacia del derecho.

Hay una consecuencia analítica fundamental, las reglas adquieren en este momento una característica esencial: su textura (esto es, la fortaleza y unicidad de su carga semántica) es ‘abierta’; hay un ‘núcleo’ semántico duro (el de los ‘casos fáciles’) en el que el significado de la regla es claro, el problema es el hermenéutico de su ‘aplicación’. Por otra parte, hay una “zona de penumbra” en la que el significado es débil y debe ser establecido merced a las acciones resultantes de los actos de habla con poder vinculante operados por los tribunales en ejercicio, cuando responden a los ‘casos difíciles’. Resulta plausible notar de pasada que estas dos zonas, distinguidas en toda norma, introducen orgánicamente la posibilidad de autocontrol (vía jurisprudencia) de las acciones judiciales, a la vez que garantizan la ‘ductilidad’ del derecho en sus ejercicios concretos.

Capítulos VIII a X. Aunque parecería que con las anotaciones ya hechas (tan sólo en parte reconstruidas) Hart podría haber finalizado el texto, acomete el análisis de las relaciones entre derecho y moral, deslinda su postura con respecto al iusnaturalismo (mediante el expediente aparentemente irónico del “contenido mínimo del derecho natural”, que consiste en una reducción del iusnaturalismo a las condiciones pragmáticas mínimas resultantes de la posesión de un cuerpo débil) y estudia el caso atípico del derecho internacional. Visto así, esta parte parece un mero agregado al cuerpo mismo del texto, que gravitaría en torno al punto estructural c, en el que se encuentra la teoría del sistema jurídico en Hart. Sin embargo (ésta es la tesis que desarrollaré en la parte siguiente de este escrito), una posible estrategia de lectura es la que pretende encontrar en las relaciones entre derecho y moral el fundamento discursivo del problema, sobre el cual giraría —ahora como una simple estrategia de tratamiento— el análisis del lenguaje jurídico. Esta tesis ciertamente es herética si suponemos (con los comentaristas autorizados) que los viejos problemas de derecho y moral son tocados sólo de contra y que su función no es fundamentadora. Se intenta, no obstante, defender este punto de vista.

⁸ *Ibid.*, p. 118.

2. LA DISCUSIÓN HART-DWORKIN PUEDE LEERSE COMO UNA OPOSICIÓN ENTRE MODELOS DEL LENGUAJE QUE REPOSAN SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

El núcleo de la discusión se ha presentado tradicionalmente como si gravitara en torno al eje central de la tesis hartiana de la discrecionalidad judicial en los casos difíciles. Como hemos visto, esta tesis es un resultado del concepto del lenguaje en Hart. En efecto, el análisis del lenguaje jurídico indica la existencia de un núcleo semántico duro en los términos del derecho, que viene acompañado por una zona de penumbra que lo rodea. El polo objeto lo constituyen los casos fáciles⁹ y los casos difíciles (entre éstos nos interesan los casos en que hay colisión entre normas y principios). El polo teórico de la discusión viene planteado por la completitud posible del sistema jurídico y por la intrajuridicidad de los principios rectores.

En este sentido existen dos tipos de teorías: (i) las que suponen que los sistemas jurídicos son completos, esto es, que frente a cualquier tipo de problema hay una solución intrajurídica, que bien puede concebirse incluso como un acto creador de derecho por parte del juez. Ésta es la creencia de base de los positivismo de todo tipo. (ii) Las que suponen que, en ciertos ámbitos de las tomas de decisión, el campo del derecho se agota en sus posibilidades interpretativas internas y entonces debe acceder a un campo —generalmente previo— en el que los principios extrajurídicos, que originan los jurídicos, son las piedras de toque de la solución final, última y acertada al problema planteado. Éste es el fundamento de los iusnaturalismos, que encuentran que el derecho es un aspecto, parte o momento de los sistemas morales (aquí son el continente del cual los sistemas jurídicos son el contenido).

La postura (ii) plantea que hay lugares extrajurídicos de resolución de problemas jurídicos. Aquí el problema central es determinar los actos de habla que corresponden a esa esfera abstracta y escondida que reposa detrás del derecho. En términos de Dworkin:¹⁰ hay dos tipos de locuciones a las que vinculamos el origen de los actos de



⁹ La aplicación de las normas requiere el nivel primario de la interpretación literal, no hay necesidad de hermenéuticas profundas, aunque Hart indica que toda lectura del texto es una interpretación, en el caso famoso del 'vehículo' que ingresa al parque.

¹⁰ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta Agostini, 1993, pp. 146 y ss.

habla jurídicos: los principios y las directrices políticas. Estos dos tipos de locuciones se corresponden con dos formas de argumentar: los argumentos políticos (que prueban el favorecimiento a la comunidad, en virtud de la persecución de una meta) y los argumentos de principio (en virtud de los cuales se defienden derechos individuales). La tesis Dworkin es que en ámbitos legislativos los dos argumentos son plausibles. Además:

Si el caso de que se trata es un caso difícil, en el que no hay una norma establecida que dicte una decisión en ningún sentido, entonces podría parecer que la decisión adecuada podría generarse ya sea en la directriz política o en el principio [...] propongo la tesis de que las decisiones judiciales en los casos civiles, aún en casos difíciles [...], son y deben ser, de manera característica, generadas por principio, no por directrices políticas.¹¹

Sabemos las derivaciones de esta tesis y la necesidad del recurso dworkiniano al juez Hércules, sabio identificador de principios.¹² No es fundamental en este punto presentar una reconstrucción del procedimiento y de los momentos, por el contrario, es preferible enfocar el centro del debate desde el punto de vista metateórico del lenguaje. La tesis de este texto es que los dos modelos enfrentados tradicionalmente se han leído como la pugna entre dos versiones del derecho y podría proponerse una relectura en términos de lenguaje.

La función del lenguaje en el positivismo, autocontenida, controlable en virtud de la función operativa de las decisiones, es —en el ámbito amplio del iusnaturalismo— fundamentadora de las decisiones cuando proviene de esferas del lenguaje con mayor poder explicativo. En este sentido, las funciones del lenguaje (y de los razonamientos que les son concomitantes) empleadas para referirse a los principios contienen principios fundadores de la decisión; en este nivel, los hablantes emplean las locuciones como provenientes de un indeterminado nivel de superioridad semántica, que preconstituye finalísticamente los actos reales que solucionan los problemas jurídicos.

Un claro ejemplo de esto se encuentra en los dos modelos comparativos de la sociedad que emplean Dworkin y Hart. En ambos ésta



¹¹ Dorkin, Ronald, "Cómo el derecho se parece a la literatura", en Rodríguez, César, *La decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1998, pp. 149-150.

¹² En nuestro medio, una reconstrucción de la discusión se encuentra en Rodríguez, César, *La decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1998.

puede entenderse desde el punto de vista de un conjunto de acciones mediadas por normas; por lo tanto, es plausible comparar su empleo, su interiorización desde el punto de vista posconvencional y su uso por medio de actos de habla específicos, mediante la analogía con los juegos: modelos, evidentemente, de intercambios humanos mediados por normas.

No es de poca monta la escogencia del tipo de juego con el que se compara el funcionamiento de la sociedad en los dos autores; esta opción plantea la diferencia en las concepciones y en el empleo del lenguaje, incluso por encima de las nacionalidades de los autores (reflejadas de alguna manera en sus juegos nacionales). Hart ha escogido el fútbol (la “regla de tanteo”) y Dworkin, por su parte, el béisbol. En el primer caso, en presencia del acontecimiento físico —la bola pasa por la línea de meta— hay dos sucesos simultáneos en el nivel del lenguaje: el público (y seguramente el jugador que ha anotado) gritan “¡gol!” y el árbitro señala la mitad del campo, para iniciar la siguiente secuencia de jugadas. Puede notarse que en este caso se presenta una aplicación simultánea del contenido de la regla, mediada socialmente: el juez aplica el contenido normal del lenguaje y las expectativas propias de jugadores y público, entendidas como criterios (pautas generales de conducta).

En el béisbol la situación es distinta; luego de una jugada (robo de una base, llegada a una base o a *home*), el árbitro levanta sus manos en desarrollo de convenciones establecidas y determina la corrección sí o no de la actividad (señalará eventualmente que la jugada no es lícita con la consecuente respuesta airada de los jugadores y del director, quienes pese a su rabia nada podrán contra la decisión final).

En fin, estos dos modelos ilustran tanto acerca de los dos modelos diferentes de control social y de toma de decisiones últimas como acerca del poder autolegitimador de los actos de habla de los dos tipos de jueces. En mi opinión, estas dos formas mutuamente divergentes manifiestan dos modelos y dos convicciones distintas en cuanto al sistema jurídico, de la ley, su contenido y las condiciones de su aplicación. Si, en efecto, el modelo analógico es el fútbol, el árbitro podrá, en los casos difíciles, crear un nuevo derecho, en virtud de su interpretación de alguna norma previa, adaptada al caso reciente (se reiniciarán las acciones, luego de las confusiones previas, con un lanzamiento del balón al piso). En el caso del béisbol,

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(2): 257-275, julio-diciembre de 2003

siempre será el juez quien tomará la decisión final, que será —por equivocada que parezca a los miembros de los equipos en pugna— final y definitiva (somos conscientes de que este ejemplo deja de lado las precisiones de Dworkin en *Cómo el derecho se parece a la literatura*, sin embargo, las diferencias de contexto señalan la plausibilidad de nuestra interpretación).

Las reglas pueden ser las mismas, incluso las tradiciones nacionales; lo que se modifica es el punto de vista desde el que se leen (modelos de sociedad en los que el funcionamiento de las normas es tan sólo similar en la superficie) y las consecuencias que esto trae para una teoría de la concepción del derecho como sistema. En últimas, si los actos de habla son socialmente constativos o normativo-fundamentadores, estaremos en presencia de alguno de los dos modelos.

Propongo ahora, como hipótesis interpretativa, que en el fondo estos modelos enfrentados, así como el resto de diferencias entre los autores (hasta el momento no señaladas), reposan en una decisión previa que resulta fundamentadora: la relación entre el derecho y la moral. La tesis es que cuando se opta por un cierto tipo de relación, el concepto de sistema jurídico se modifica y que si bien esta discusión parece *de-modé*, puede leerse como el lugar de origen de las diferencias. Con todo, el alcance de esta tesis es tan sólo interpretativo, no supone de antemano su corrección normativa, pero puede ser defendida.

3. EXCURSO SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

Si el lugar de conflicto entre las dos versiones extremas del derecho viene dado por la relación que se establece entre derecho y moral, entonces la solución de Hart es minimalista e intenta reconducir el debate a sus lugares evidentes (se trata de los capítulos 8 y 9 de *El concepto del derecho*). La solución de Dworkin es maximalista: en uno de los dos lugares (en los principios, que son morales) se encuentra la piedra de toque de la plausibilidad de la decisión judicial como decisión última. Se reconstruirán, en sus líneas más evidentes, las dos posturas y se indicará que en la toma de posición con respecto a esta difícil relación se encuentra el núcleo fundador de las dos teorías (en una lectura de éstas que, descuidando los aspectos 'técnicos', ofrece una clave posible de interpretación desde el punto de vista externo de la descripción).

En el sentido de lo anotado, se pretende indicar que la función argumentativa del establecimiento de las relaciones entre derecho y moral es tanto punto de partida de las teorías divergentes como lugar en la estrategia de su reconstrucción. Esto es, al intentar reconstruir los sistemas jurídicos como sistemas —dentro de una teoría englobante—, el analista descubre que el fondo común puede ser reinterpretado en términos de un metarrelato legitimador previo que se constituye en lugar de origen de los discursos y en lugar final de resolución de su racionalidad intrasistemática.

En Hart hay una versión del asunto que reduce el contenido del derecho natural a una lista de “verdades evidentes” acerca de los seres humanos; a la luz de ésta, los grandes temas del iusnaturalismo tradicional se vuelven a describir en términos relativamente irónicos (por ejemplo, de la constatación empírica de la debilidad de nuestros cuerpos, surge la necesidad de evitar las agresiones, con la concomitante norma del respeto a la vida). Lo que hay en Hart es un desplazamiento en la estrategia de justificación: en una lista de mínimos pragmáticos de conservación de la vida y de aseguramiento de convivencia se puede resumir el gran metarrelato de los derechos naturales. Sin embargo, este establecimiento de mínimos morales ha sido revisado por el propio Hart en “El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral”;¹³ en este contexto, los presupuestos del derecho natural, liberados de su carga retórica, son redescritos en términos internos al derecho, como procedimientos que —por el lado social—, aseguran la convivencia de individuos con propósitos disímiles, mediante la asignación previa de normas generales:

Algo hay en la noción de que el Derecho consiste en reglas generales que nos impide tratar de él como si fuera un tema moralmente neutral, sin ninguna conexión necesaria con principios morales. La justicia procesal natural está, en consecuencia, constituida por los principios de objetividad e imparcialidad en la administración de justicia, que verifican precisamente este aspecto del Derecho y que se hallan destinados a asegurar que se apliquen las normas solamente a los supuestos específicos en ellas contemplados o que, al menos, se minimicen los riesgos de desigualdad en tal sentido.¹⁴

Ésta es una forma menos ‘misteriosa’ de referirse a principios constitutivos del derecho. Los términos retóricamente cargados de la tradición son ahora reinterpretados como funcionales con respec-

¹³ En Hart, H. L. A., *Derecho y moral*, Buenos Aires, Depalma, 1962.

¹⁴ Hart, *El concepto del derecho*, op. cit., p. 73.

to al desenvolvimiento normal de los sistemas jurídicos. Éstos plantean, en términos clásicos, la noción de justicia como tratar de la misma manera los casos semejantes (a la que se agrega la necesidad de tratar de diversa manera a los casos no semejantes). El autor no niega la existencia de un vínculo entre derecho y moral, lo que afirma es que dicho vínculo es funcional y, por lo tanto, que las estrategias de funcionamiento de los sistemas legales guardan en ellas mismas representaciones difusas de objetivos sociales generales no teleológicamente organizados, sino funcionalmente administrados en medio de los problemas de convivencia normales.

Una vuelta sobre la relación de dependencia es, por otra parte, rastreable en Dworkin. En efecto, si la solución a los casos difíciles depende de la escogencia del principio moral adecuado (escogencia de un juez ficticio que reconoce siempre cuál es el principio correcto que se va a aplicar), el 'misterio' nuevamente se enseorea de la concepción de los sistemas jurídicos. No solamente es el razonamiento judicial, en cuanto razonamiento práctico, un momento de los razonamientos morales, sino que la fuente y la finalidad de las acciones judiciales se encuentran enmarcadas en el logro de metas disfuncionales, finalísticamente organizadas por una estructura profunda que guarda la llave de su propia racionalidad. En este caso el recurso a principios morales últimos se encuentra demasiado cercano a supuestos metafísicos de viejo cuño que, indudablemente, han sido suficientemente castigados y desnudados en sus falencias por teorías de todo tipo a lo largo de más de un siglo.

Sin embargo, la creencia de base en Dworkin supone que los sistemas jurídicos descansan sobre determinadas teorías morales. Por ejemplo, el sistema constitucional estadounidense supone la teoría moral según la cual "los hombres tienen derechos morales en contra del Estado".¹⁵ Este punto de vista origina una serie de problemas que el autor se ve obligado a enfrentar (uno de ellos es por qué los jueces no son elegidos democráticamente) y que plantea la dificultad que encuentra la teoría para poder legitimar que las decisiones judiciales, en últimas, reposan sobre cuestiones de moralidad política. Este descentramiento del discurso oscurece formas técnicamente coherentes de resolución de los problemas y desplaza el centro de la cuestión hacia la metafilosofía.



¹⁵ Dworkin, *Los derechos en serio*, op. cit., p. 230.

Se puede proponer como estrategia de solución plausible (una extensión de la teoría de la argumentación jurídica) que estos problemas pueden ser repensados en términos de teoría del discurso, lo cual imbricaría las versiones aparentemente divergentes en un relato con mayor capacidad comprensiva. En mi opinión, ha sido éste el intento de Alexy¹⁶ y de las teorías coherentistas del razonamiento judicial. De esto daré a continuación una primera versión, meramente provisional, que implica una lectura en escorzo de las teorías mencionadas.

4. LA FUNCIÓN DE UNA TEORÍA DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL COMO PRESUPUESTO CONSTITUTIVO DE LA TEORÍA DEL SISTEMA JURÍDICO

Los supuestos comunes a toda teoría acerca de los sistemas jurídicos (sea maximalista o minimalista) permiten describir el terreno de la discusión en términos más comprensivos y racionalmente mejor justificados. Si esto es cierto, una teoría del razonamiento judicial que haga suyas las discusiones presentadas y que pueda resolverlas mediante la descripción de modelos de razonamiento divergentes pero compatibles en el empleo de un número mínimo de reglas, resuelve el problema de la ‘respuesta’ correcta, al tiempo que redescubre el vínculo fundacional o de dependencia entre el derecho y la moral, determinando, en consecuencia, las ideas básicas que orientan a los sistemas jurídicos.

Una teoría de este tipo parte del “derecho en acción” y supone que las normas son reales en los contextos aplicatorios y que la vida del derecho consiste en el entrecruzamiento de discursos disímiles en el medio del lenguaje, que refleja de alguna manera una racionalidad constitutiva de base, la de la teoría de la argumentación. Ahora: la teoría de la argumentación —considerada individualmente, como teoría descriptiva— tan sólo pretende indicar cómo funcionan los argumentos en contextos específicos, pero no intenta justificar el relato acerca del funcionamiento en una teoría de racionalidad que esté en su base (o, haciéndolo de manera incompleta, como en el caso de las teorías del tipo Manuel Atienza). Sin embargo, una tendencia en las teorías de la argumentación supone una teoría de la racionalidad en la que se funda: la de S. Toulmin



¹⁶ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

(que comparte fuertes rasgos de familia con Alexy, Aarnio y Gianformaggio en lo jurídico y con Alexy y Habermas en la teoría de la racionalidad).

En el nivel de esta teoría se puede suponer plausiblemente que los argumentos reflejan cierta concepción dialógica de la razón que, incluso en contextos informales, funciona bajo la ley del “mejor argumento” (*El puesto de la razón en la ética*). Alexy ha recordado que el problema central de esta teoría es la medición del ‘peso’ de cada argumento (que Toulmin denomina *fuerza*), esto porque, evidentemente, el peso o fuerza de un argumento depende del criterio con el que se evalúe.

Este criterio sería el criterio general de racionalidad, que en el caso Habermas-Alexy (siendo incluso anterior en el tiempo la propuesta de Alexy) está constituido por la racionalidad comunicativa, esto es: en todas las interacciones lingüísticamente mediadas hay un sustrato común, el lenguaje. Éste funciona en todos los niveles de la comunicación, especialmente en las interacciones lingüísticamente mediadas y orientadas al entendimiento (o acciones comunicativas). Éstas, a su vez, dependen del lleno previo de ciertos requisitos (las condiciones pragmáticas del discurso, corrientes desde Peirce) y, entonces, puede afirmarse que el valor de la racionalidad podría ser mensurado en términos de la estructura y validez (en el sentido de fuerza de convencimiento) de los razonamientos que se encuentran en la base de las interacciones.

Esto quiere decir que, presentadas así las cosas, como se efectúa en este escrito, la fuerza de los argumentos depende de la fuerza paralela de los razonamientos de base. Con esto se pretende afirmar que el nivel decisorio de la racionalidad no es una instancia abstracta que desde la figura metafórica de un tribunal omnisciente dictamine acerca de la corrección, sino que la misma racionalidad es una cuestión operativa, rastreable tan sólo en la medida en la que se funciona en contextos de habla reales. Su funcionalidad con respecto a la plausibilidad pública de la decisión, legitimada lingüísticamente, es la garantía de su corrección empírica y de su fuerza perlocucionaria.

El habla y los intercambios dependen de los razonamientos (la conclusión de este razonamiento, en virtud de lo presentado, resulta natural); por lo tanto, es en el razonamiento, en una teoría del razonamiento en general, donde se resuelven las pretensiones de los discursos.

La consecuencia de esta tesis es que los contextos jurídicos de acciones comunicativas reflejan o representan formas de razonamiento especiales (aquí el problema es el kantiano de si los razonamientos jurídicos son un tipo de los razonamientos prácticos en general sí o no, en cuyo caso, el asunto de su generalidad y validez se complica), que pueden ser reconstruidas (el ejemplo específico es la sentencia judicial, que, a la luz de esta tesis, es la suma de argumentos resultantes de razonamientos jurídico-prácticos organizados con miras a un fin). La reconstrucción de una teoría acerca de los sistemas jurídicos, por ejemplo la de Hart, debe realizarse teniendo en cuenta que en su base hay una cierta opción por un modelo de razonamiento (que, propongo, debe leerse en Hart como razonamiento lingüístico-contextual).

Desde este punto de vista se hace plausible suponer que el recurso analítico empleado (la remisión del problema técnico-jurídico a la metadiscusión acerca de la moral) es válido en la medida en que saca a la luz el campo o el fundamento racional (en el sentido de llevable a razonamiento) de la teoría.

En conclusión, las teorías de los sistemas jurídicos no son ni autorreferenciales ni circulares, aunque en principio pudiera pensarse esto de ellas. Su poder radica en lo que se puede suponer que está en su base, en la *quaestio juris* de su racionalidad (verificable vía tipo de razonamiento reconstruible en ella), que debe venir acompañada por la *quaestio facti* de su desenvolvimiento en el medio de los discursos.

Hasta aquí la pretensión de este artículo. Se ha intentado afirmar un campo, abrir un horizonte de tratamiento temático y su desarrollo será tarea posterior.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Casanovas, Pompeu y Moreso, José Juan (edits.), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Grijalbo-Mondadori, 1994.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(2): 257-275, julio-diciembre de 2003

- Dworkin, Ronald, "Cómo el derecho se parece a la literatura", en Rodríguez, César, *La decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1998.
- _____, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta Agostini, 1993.
- Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
- _____, "El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral", en Dworkin, Ronald (comp.), *Filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.
- _____, *Derecho y moral*, Buenos Aires, Depalma, 1962.
- _____, *Entre la utilidad y los derechos*, Bogotá, mimeo, Universidad Externado de Colombia, s. f.
- Páramo, Juan R. De., *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- Rodríguez, César, *La decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1998.
- Rorty, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Madrid, Paidós, 1995.
- Ryle, Gilbert, *El concepto de lo mental*, Buenos Aires, Paidós, 1967.