



Positivismos y moral interna del derecho *

Rafael Escudero Alday, doctor por la Universidad Carlos III de Madrid, presenta en esta obra el tema desarrollado para obtener su grado de doctor en esta universidad española.

Este es un extenso trabajo de reflexión en torno a los elementos de la teoría de la moral interna del derecho de L. L. Fuller, en relación con el pensamiento de H. L. A. Hart, perteneciente a la doctrina positivista del derecho, en donde se busca encontrar la concordancia entre el pensamiento de ambos. En particular, respecto de los elementos de lo que Fuller denomina *moral interna del derecho*.

Para iniciar su exposición, Escudero Alday recurre al ejemplo que Fuller utilizó para explicar los elementos de la moral interna del derecho: la narración de las aventuras y experiencias que un monarca (llamado *Rex*) vivió para encontrar la forma de establecer en su reino un sistema jurídico que lograra dar tranquilidad a sus habitantes; tal relato concluye con la idea de que, a la hora de establecer un sistema jurídico, resulta imprescindible cumplir con ciertos requisitos y dimensiones, a saber: los criterios de generalidad en la decisión; la publicidad de las normas; evitar las normas retroactivas; la creación de normas claras y no contradictorias entre sí; la posibilidad de que las conductas reguladas sean posibles y perdurables; y, para terminar, que haya congruencia entre las normas jurídicas y su aplicación. Dimensiones que en el ejemplo del *Rex* no se cumplieron.

Los elementos que se extraen del ejemplo reseñado son calificados por Fuller como la moral interna del Derecho, afirmación que no

* Escudero Alday, Rafael, *Positivismos y moral interna del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 568 pp.

es compartida por Hart. Será motivo del trabajo de Escudero, entonces, encontrar la concordancia entre ambas posiciones; una de ellas será que, independientemente de que dichos elementos pertenezcan o no al universo de lo moral, se reconoce la necesidad de los mismos para que pueda existir un sistema jurídico.

Hart, al refutar que los referidos elementos consistan en la moral interna del derecho, toma como núcleo vertebrador el concepto de sistema jurídico y no el de Derecho, pretendiendo encontrar y exponer los elementos que conforman la estructura de un sistema jurídico y no un concepto de Derecho.

Como punto de partida, Hart utiliza el dato de la imperatividad a la hora de desarrollar lo que, en su opinión, conforma la estructura de un sistema jurídico y que se da sobre la base de la generalidad. Sin embargo, en contra de esto existe la opinión de que hay otros mecanismos a través de los cuales se regulan o imponen determinadas conductas sin que sea solamente mediante normas jurídicas, como sucede en el caso de la moral, de las reglas de trato social y el juego, desprendiéndose de esto que no sea la generalidad de las normas el único elemento conformador, ni el rasgo distintivo de la estructura de los sistemas jurídicos. De lo anterior, finalmente, se advierte cómo en el interior de la estructura del sistema jurídico que realiza Hart, se está ante uno de los elementos de la moral interna del Derecho de Fuller.

La perdurabilidad de las normas es otro de los elementos de la estructura del modelo del Derecho, que significa que las normas pertenecientes al plano jurídico deben tener una cierta duración en el tiempo. Fuller lo incluye en su catálogo de elementos necesarios para la existencia del Derecho, el cual es rebatido por Hart al expresar que, existe esto mismo en las reglas morales, las de trato social y las del juego.

Hart centra su concepción de la estructura de un sistema jurídico en la idea de que puede concebirse en términos de órdenes generales y duraderas que imponen la realización de ciertas conductas, bajo la amenaza de una sanción o mal en el caso de que no se actúe conforme a las mismas. A lo anterior se agrega la existencia de una creencia generalizada, por parte de los destinatarios de las normas, de que si no se obedece lo dispuesto se cumplirá la amenaza.

Lo que el autor pretende con el estudio de la regla de reconocimiento es precisar y diferenciar el modelo del Derecho del de las órdenes respaldadas por amenazas (que no tienen fundamento jurídico alguno).

En relación con lo anterior, el autor de este libro hace una reflexión para determinar los criterios de distinción entre normas y hábitos, y como una primera conclusión señala que la existencia de una norma permite a los sujetos, por un lado, ejercer una fuerte presión para que la conducta estipulada en la misma sea seguida y, por otro, realizar, en los casos de incumplimiento, una crítica a tal actuación contraria, la cual puede adoptar la forma de una sanción. Cómo segunda diferencia señala que la norma es obligatoria; y una tercera conclusión es que, con relación a la norma, la conducta se realiza porque el sujeto cree que ésta es la forma en que debe comportarse no solamente él sino todos los miembros del grupo. Todo esto en referencia al concepto de hábito general de obediencia al Derecho que analiza el autor en esta obra, respecto del cual Hart señala sus salvedades.

Otro de los fines que el autor persigue con relación a la práctica generalizada de aceptación, es determinar si esta se produce no sólo en el sistema jurídico, sino también en los restantes tipos de normas, como son las de la moralidad, del trato social y del juego. A lo cual concluye que, no es lo propio respecto de las primeras, ya que la validez de éstas no queda supeditadas a una práctica de aceptación. Lo mismo sucede con las del trato social, al contrario de las de juego donde sí existe este paralelismo dado que la regla de reconocimiento es el instrumento que proporciona los criterios de validez. Esto último acaba de poner de manifiesto, por parte de Hart, uno de los datos que, en efecto, identifican la estructura de un sistema jurídico.

Por otra parte, Hart aporta un elemento adicional para entender la nueva versión del sistema jurídico, que es la relacionada con la existencia de una norma que establezca cuándo y en qué condiciones, un sujeto se encuentra habilitado para dictar normas que estipulen conductas a seguir por los miembros de una determinada comunidad, y para determinar las limitaciones a esta facultad en distintos aspectos como son: la suprema potestad normativa; los supuestos de normas no jurídicas (moral, trato social y normas de juego);

y respecto a la moral interna del Derecho. Asimismo se aborda lo referente a la ordenación jerárquica de las normas, se fija el definitivo abandono de las órdenes respaldadas por amenazas y se analizan las normas que confieren potestades.

Los últimos elementos que según Hart configuran la estructura de los sistemas jurídicos, son la coherencia y la congruencia. Ambos tienen relación con el principio de no contradicción entre las normas del sistema, comprendido en la teoría de Fuller, dentro de la moral interna del Derecho. En conclusión a todo lo anterior, el autor señala que son los principios de legalidad otra de las maneras de entender la moral interna del Derecho, los cuales consisten en una forma de regulación de conductas o actividades humanas.

Al tratar lo que respecta al elemento de la certeza, o “saber a qué atenerse”, que es uno de los elementos de la moral interna del Derecho de Fuller, Hart niega la posibilidad de entender la moral y el trato social en términos de sistemas de normas.

Con relación a la validez, Hart la supone en su pertenencia al sistema jurídico y en torno a la regla de reconocimiento, que es clave a la hora de entender la llamada relación de pertenencia. Este concepto guarda relación con el de eficacia respecto del cual Hart no diseña un concepto, sino que se limita a recoger una noción de carácter fáctico, pues con esta expresión designa la circunstancia de que la conducta prescrita en la norma sea cumplida por sus destinatarios con mayor frecuencia a la que es desobedecida.

Para que exista un sistema jurídico, señala Hart, “deben concurrir dos condiciones: en primer lugar la obediencia generalizada a las normas primarias o de conducta por parte de sus destinatarios; en segundo lugar, la práctica generalizada de los operadores jurídicos de aplicar el Derecho conforme a los criterios de validez contenidos en la regla de reconocimiento.” Al respecto, Escudero Alday agrega que se requiere que éstas estén formuladas de modo tal que “puedan” ser obedecidas, y que los criterios de validez normativa se articulen conforme a los requisitos de la llamada, por Fuller, moral interna del Derecho.

Otra de las reglas que son advertidas por este autor es la regla de adjudicación que refiere Hart, y que implica no sólo “quién” debe juzgar situaciones en las que se dirime la violación de una norma,

sino también “cómo” debe juzgarse tal asunto. Se trata por lo tanto de competencias y procedimientos preestablecidos y de obligado cumplimiento.

En otro apartado de este libro se desarrolla lo referente a las limitaciones implícitas a la producción normativa, con relación a los requisitos de la moral interna del Derecho propuesta por Fuller, ya que, según este autor, los elementos de la moral interna del Derecho se configuran como normas implícitas de la creación jurídica, que actúan como limitaciones a la actividad de los órganos o sujetos encargados de esta producción. En esta parte se desarrolla lo referente al carácter implícito de la moral interna del Derecho y su dinámica de funcionamiento, en donde Fuller cede a una tentación positivista al aceptar que las normas adquieren validez jurídica no por su contenido, sino por haber sido producidas conforme a un cierto procedimiento.

El punto en que Hart aparta su acuerdo con las tesis de Fuller, es en la supuesta vinculación necesaria entre el ser y el deber ser de la norma jurídica, donde éste arguye que de la misma se deducirá la existencia de una conexión necesaria entre el Derecho y la moral.

Además de la anterior, existen otras tantas diferencias de enfoque respecto de las razones que impedirían una teoría positivista de la moral interna del Derecho, que están motivadas, por un lado, por la propia naturaleza de la moral interna del Derecho y, por el otro, a las características del positivismo jurídico. Situaciones éstas que son abordadas por Escudero Alday en diversos apartados de su obra.

Con relación al tema de la “moralidad” de la moral interna del Derecho, la opinión de Fuller es que ésta moralidad es la que hace posible el Derecho, lo que motiva que en esta obra se estudie la calificación de éstos como elementos o principios morales, es decir, en el hecho de que sean considerados como dimensiones de moralidad que se introducen en la estructura de un sistema jurídico, hasta el punto de resultar imprescindibles para la configuración de la misma, vertebrando la estructura de un “buen” sistema jurídico. Asimismo, se desarrollan a detalle las críticas a esta “moralidad” de la moral interna del Derecho, formuladas por el propio Hart, así como la defensa que Fuller lleva a cabo de ella.

Una de las defensas de Fuller para otorgar “moralidad” a la moral interna del Derecho, se basa en que es el propio carácter moral del Derecho el que confiere moralidad a los elementos necesarios para su realización y mantenimiento, por lo que, en capítulo por separado, el autor trata lo referente a la “Moralidad del Derecho”, en donde desarrolla de manera amplia y clara las posiciones tanto de Fuller como de Hart, respecto de este tema que resulta ser el eje central de su obra, y que desarrolla con acierto en el transcurso de la misma.

Carlos Manríquez García