

ENSAYO SOBRE FUNDAMENTOS PROPIOS DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS: HART, DWORKIN, IHERING Y PUCHTA

Miguela Domingo Centeno

Profesora de la Universidad Internacional de La Rioja

RESUMEN

Lo que vale debe ser. No es un deber hacer, sino la simple enunciación de que lo valioso debe ser. Un deber hacer es igual a la perfección, a lo legítimo, porque el deber hacer supone la existencia de un valor; que ese deber ser, sea un ideal del mismo. Que la actualización de tal deber, imputado a un ser humano, sea un deber actual y que en la existencia de ese ser, tenga cabida la realización de lo valioso.

DERECHO NATURAL Y NORMA POSITIVA

La consideración de los derechos humanos como derechos morales aparece como un rasgo característico en la reciente literatura filosófico-jurídica y política angloamericana. En dicho ámbito, es frecuente la distinción entre “moral rights”, noción ésta que nos remite en cierto modo a lo que nosotros entendemos por derechos humanos, y “legal rights”, que vendrían a identificarse con la noción occidental de derechos subjetivos. El término “derechos morales” quiere designar unos derechos que no se encuentran garantizados por la coacción estatal, que se basan en principios morales y cuyas notas distintivas serían los propios sentimientos de valor.

El resurgimiento del derecho natural comienza con Dworkin, ya que para él el modelo positivista es estrictamente normativo, pudiendo identificar solo normas, dejando fuera directrices y principios del ser humano. Junto a las normas, nos va diciendo nuestro pensador, existen principios y directrices políticas que no se pueden identificar por su origen, sino por su contenido y fuerza argumentativa.

Los principios morales hacen referencia a la justicia y a la equidad, las normas se aplican o no se aplican y los principios dan razones para decidir en un sentido determinado, es decir, la distinción entre normas y principios es el instrumento que utiliza Dworkin para rechazar la regla de reconocimiento como criterio para la identificación del Derecho, regla de reconocimiento que utiliza Hart para identificar un sistema jurídico y fundamentar la validez de todas las normas derivadas, consistiendo en una práctica social estableciendo ciertas condiciones válidas; es decir, el razonamiento moral, para ser “universalmente” válido, no puede aplicarse a ninguna norma concreta, sino que debe caracterizarse por la construcción de un conjunto consistente de principios que den sentido a nuestras intuiciones (las intuiciones de nuestros juicios son los datos básicos).

Es aquí donde la libertad se torna en elemento indiscriminado de las formas de comportamiento, es decir, ya que toda ley prescriptiva disminuye la libertad moral como licencia, la independencia de la personalidad debe ser distinguida de esa condición personal y precisar de una sociedad justa. Aquí es donde nuestro siguiente autor, Ihering, pensador dogmático¹, vino a representar

¹ El positivismo jurídico se basaba en que el saber cierto sobre las cosas únicamente puede alcanzarse por medio de la experimentación y verificación de la hipótesis. Esta actitud metodológica pretendió utilizarse en el estudio de las

una Ciencia del Derecho basada en el análisis histórico-comparativo de las instituciones jurídicas por una parte, y de las diferentes normas jurídicas, formalmente positivas en los diferentes ordenamientos jurídicos vigentes, en lo que llamamos sociedades justas.

Estudiando el fenómeno Derecho desposeyó a los estudios jurídicos de toda valoración ética o iusnaturalista, muy al contrario de Dworkin. El Derecho sólo era tal, cuando incorporaba un sistema del comportamiento jurídico (institución) o un mandato jurídico formal (norma positiva), quedando proscrita la axiología de los hechos y comportamientos, la norma moral, el valor, la intencionalidad emocional del sujeto: afirmar que algo es bueno, no es tener sólo una experiencia subjetiva de algo bueno; es un acto de preferencia que se dirige hacia algo en virtud del carácter intencional del acto.

Nos encontramos a la contra de una teoría general del Derecho, en la cual tuvieron cabida conceptos jurídicos generales que se iban elaborando tales como sujeto del derecho, acto jurídico, negocio jurídico,..., pero no relaciones conocidas “a priori” que no debían ser confundidas con las mismas evidencias de la experiencia interna, del yo mismo.

El positivismo y la norma de Ihering intentaron determinar y sistematizar los fundamentales conceptos jurídicos analizando o sintetizando las diferentes ramas del derecho positivo² y oponiéndose al iusnaturalismo de una condición real de la experiencia, tal y como Dworkin y en menor medida Hart, intentaron demostrar.

El formalismo jurídico pretendió suplir la filosofía jurídica, que quedó olvidada radicalmente, mediante una Teoría general del Derecho, estructurándola internamente con una forma similar al de una Ciencia del Derecho; así, esta Teoría general del Derecho vino a ser como una materia introductoria de carácter general, a todo estudio del Derecho en concreto, en cuya introducción tuviesen cabida los conceptos jurídicos generales, oponiéndose al más puro subjetivismo ético.

Se afirmó a la voluntad consciente como base de la evolución jurídica, presidida por la ley de la finalidad. El carácter de universalidad de la Ciencia jurídica³, es necesariamente el juicio correcto en cada “caso controvertible” tomado aisladamente, esto es, en cada caso en el cual no se pudiera demostrar una respuesta de manera tal que fuese irracional cuestionarla.

Pero, entonces, ¿qué es realidad objetiva? La realidad debe contener derechos y obligaciones, incluso obligaciones y derechos jurídicos, como hechos objetivos, independientes de la estructura y del contenido de los sistemas convencionales. Si los derechos y obligaciones son parte de un mundo objetivo y dependiente de la norma, ¿por qué no hemos de suponer que alguien pueda tener un derecho aun cuando nadie más crea que lo tenga, o cuando nadie pueda demostrar que lo tiene?

La enérgica fuerza de la costumbre, la institución del censor, los comicios electorales,... toda la vida romana con todos sus poderes efectivos constituye el sustraendo del Derecho abstracto, como a continuación nos comenta Puchta. Y hemos de realizar esa operación de resta o sustracción para obtener el resultado, esto es: que el particular tiene un poder absoluto para hacer lo que quiera, pero sólo con vistas a que haga un uso correcto de la norma, no su capricho; ahora bien, el Estado no

llamadas Ciencias morales o del espíritu y, principalmente, para dar explicación científica a los hechos y comportamientos sociales. Se tenía la convicción de que, partiendo exclusivamente de la observación de los hechos mismos, se lograría el conocimiento veraz de las leyes y mecanismos que rigen la fenomenología física y espiritual del comportamiento humano. Ciertamente esta actitud empirista implicaba renunciar a todo intento por indagar las causas últimas de estos fenómenos.

² La reducción del Derecho a la normativa emanada del Estado o la llamada estatualidad del Derecho, son lo más significativo de las elaboraciones doctrinales de la jurisprudencia de conceptos, que también fue denominada dogmática jurídica.

³ El impulso de la vida es el que ha traído el Derecho con sus Instituciones (op. cit. *Historia del pensamiento jurídico* del Profesor Panigua, II. p. 431)

prohíbe ese abuso más que en la medida en que sea absoluto, anárquico y totalmente rechazable, es decir, sólo las manifestaciones del poder subjetivo que de ningún modo se puedan tolerar⁴.

Es en el espíritu de Ihering donde se deja patente la influencia de su maestro Friedrich Puchta (1797-1846). Puchta es el primero en presentar el Derecho como un sistema lógico, jerarquizado, donde a partir del concepto supremo pueden deducirse todos los demás y que están implícitamente contenidos en él. El Derecho está lleno de proposiciones en conexión sistemática, como recíprocamente condicionadas y derivadas unas de otras.

Con ello la Ciencia del Derecho (la jurisprudencia normativa) “toma carta de naturaleza” como auténtica fuente del Derecho, si bien a costa de renunciar de hecho a la interconexión “orgánica” entre el derecho popular e iusnaturalista y derecho positivo-normativo.

Puchta no se queda en este discurso, sino que a través del pensamiento, desde la intuición, desde la visión directa de la realidad, que es el medio de conocimiento propio de la relación jurídica, va a ir más allá; y aquí, entonces, Ihering, ya no se conforma con las leyes, ni con las normas o reglas jurídicas, ni elabora conceptos, ni una elaboración sistemática del Derecho: su material jurídico es a través de conceptos jurídicos, y esto en sus propias palabras” se lo debe al Gran Maestro”⁵.

Ihering, de plena militancia dogmática, considera que el objeto esencial de la Ciencia jurídica consiste en elaborar los conceptos sobre el derecho, utilizando el método lógico deductivo⁶. Todos estos conceptos y principios, que inspiran a los ordenamientos jurídicos, han de servir para la creación y formulación de las leyes, pues, conjuntándolos y relacionándolos entre sí metodológicamente, surge la elaboración de un cuerpo doctrinal o ciencia del Derecho que se utilice como teoría general, a modo de filosofía jurídica, inspiradora de normas positivas.

El sistema que edificaron Puchta e Ihering permitiría no solamente arrojar luz sobre los principios lógicos del ordenamiento jurídico, sino también extraer de ellos nuevas normas jurídicas, nacidas exclusivamente en virtud de una exigencia lógica⁷. Consideran como función especial de la jurisprudencia la “construcción jurídica”, a realizar a través de un procedimiento de análisis y de sucesivas síntesis semejante al de la química, por medio del cual debía obrarse sobre la “materia prima” jurídica haciéndola “evaporarse en conceptos” hasta llegar a darle “la forma de un cuerpo jurídico”⁸; en palabras más sencillas, debemos creer en la solidez del positivismo jurídico tradicional, que insiste en que la definición del derecho no es más que una cuestión práctica. El positivismo puede admitir el papel de los principios porque ellos no son más que un asunto de juicio profesional ordinario.

Ya en el último volumen de su obra *El Espíritu del Derecho Romano* aparecido en 1865, Ihering parecía abandonar la validez del método lógico-sistemático, su “culto a la lógica” y la “ascensión al reino de los conceptos jurídicos”, un ensayo de interés mucho más general referente a las relaciones entre el derecho y la moralidad.

Cuando contaba cincuenta años de edad⁹, se apercibió de que la ciencia jurídica positivista, que él había cultivado e impulsado, adolecía de un grave defecto: el de suponer que las instituciones y los conceptos jurídicos fuesen la materia prima de la lógica jurídica, al elaborar de ellos la creación de

⁴ Profesor Paniagua: *Historia del pensamiento jurídico*, II, pág.435, en referencia a la obra de Ihering, *Geist des Römischen...II*, págs. 128-146.

⁵ Idem, pág. 438, en relación con *Espíritu del Derecho*, III, p. 321, nota 431. La citada obra está dedicada a Puchta.

⁶ Análisis de ciertos términos y de ciertas operaciones que constituyen la base de las ciencias.

⁷ Ihering (1857): “Unsere Aufgabe”, en *Jahrbücher*, op. cit. págs. 9-10.

⁸ Op. cit. pág. 18.

⁹ Evolucionando contra el abstracismo de la jurisprudencia conceptual.

las normas positivas, ignorando que el Derecho es una realidad sociológica que requiere justificarse históricamente, que tiene una finalidad práctica y un trasfondo ético.

El paso de esta época formalista a otra, muy cercana al historicismo, cambio vivido intensamente por Ihering, es la expresión que experimentaban las ideas desde la jurisprudencia de conceptos hasta la jurisprudencia de intereses, situando el derecho en la misma realidad social de la que nace y es un fenómeno más. Su obra *El fin del Derecho (Der Zweck im Recht)* (1877-1883), obra de madurez y de título suficientemente expresivo, constituye la difusión escrita de este cambio conceptual sobre la naturaleza y funciones del Derecho.

En *La Lucha por el Derecho, (Der Kampf...)* resalta la naturaleza del derecho como un constante resultado de esa lucha entre lo justo e injusto social, porque la idea de justicia y moralidad debe presidir siempre la realización e interpretación del Derecho y es aquí y entonces, donde se pone de manifiesto las debilidades de la regla de reconocimiento como criterio de identificación del sistema jurídico y de las pretensiones de derechos políticos, entendidos como pretensiones de triunfo de justificación colectiva.

La fuerza política de las pretensiones del Derecho y de la estructura general de la comunidad política, más la insuficiencia de la regla de reconocimiento -nos dice Dworkin-, imposibilitan el encontrar un criterio que permita identificar el propio concepto de derecho.

¿IGUALDAD EN LOS DERECHOS HUMANOS?

La igualdad jurídica, sus aspectos, sus contradicciones y la fórmula de superación de las mismas, es lo que análogamente sucede con el postulado de libertad. Rodea a ambas una serie de contradicciones internas y condicionamientos externos que les dan una marcada relatividad.

El principio de igualdad, tiene, ciertamente, una base natural: todos los hombres pueden “alardear” de una igualdad de naturaleza y, en consecuencia, de un idéntico valor humano. Pero, al propio tiempo, la naturaleza misma dota muy desigualmente a los individuos, creando entre ellos señaladas desigualdades que luego, las más diversas circunstancias de la vida, se encargan de acentuar. La igualdad jurídica no puede ni debe ser igualdad abstracta, porque esta cualidad estaría reñida con las diferencias en las que su vida y su actividad se desenvuelven. La rigurosa igualdad homogeneizadora que ciertas ideologías políticas propugnan, con proscripción de las minorías rectoras y de la idea de jerarquía, no pueden por menos que producir una organización social imperfecta.

Cuando el hombre lucha por su derecho se realiza como hombre y tiene la necesidad de mantener una actitud moral de salvaguarda de unos valores. La idea de que el Derecho es eterno devenir y el derecho, en su movimiento histórico, nos ofrece la imagen de la indagación, del combate en la lucha: en resumen, de un laborioso esfuerzo¹⁰. El Derecho se encuentra siempre frente a su contrario, la injusticia, y es en su lucha frente a ella cuando se realiza: de ahí el deber para el hombre de luchar por su propio Derecho, porque afirmando a éste, él se afirma como hombre¹¹

El concepto de Derecho que nuestros autores (y su manifestación de carácter contradictorio) ofrecieron, tiene la valía de exigir, para todo ordenamiento jurídico, el mantenimiento de su formulación lógica con la que garantizar la seguridad y certeza del Derecho, si bien, utilizada sobre las, nunca estables, aspiraciones de la sociedad, de la que nace y a la que sirve, ya que no es el Derecho, una finalidad en sí mismo. La rectificación, no por tardía menos consciente, de estos honestos pensadores alentó una corriente de opinión, hoy vigorosa, que propugna para el Derecho una creciente y vigilante humanización, por ser el más eficaz de los medios con que desterrar las injusticias

¹⁰ Ihering (1877): *Der Kampf um's Recht*, I. en la 5ª edición, Viena, pág. 9.

¹¹ “En la lucha debes encontrar tu derecho”.

en toda comunidad política, un Derecho que nos hace interrogarnos sobre si nuestros actos imputables al comportamiento son un criterio propio e independiente de la libertad moral. Un deber-ser como constitutivo de personalidad, de libertad y capacidad para realizar valores e ideales en nuestro actuar: un intento de tener un criterio propio e independiente acerca de lo valioso.

Pero si el Derecho es intrínsecamente objetivo, ¿cómo hablar entonces de Derecho subjetivo? ¿no es esto contradictorio? La idea de un derecho subjetivo implica que la materia del Derecho ya no es la cosa exterior, sino una realidad o cualidad personal, algo inherente a ésta; un interés del sujeto. La esencia del Derecho subjetivo consiste en ser un interés jurídicamente protegido.

Se propugna entonces la elaboración de una axiología jurídica que pueda fundamentar el Derecho positivo, una formalización de principios ontológicos-jurídicos en un contenido ideal de la ley como filosofía formal, o lo que es lo mismo, dar al Derecho las nociones relativas a lo justo y a la justicia y en caso de admitirse un Derecho natural, debería hablarse de un estado de hecho y no de puro derecho. Con ello, la teoría normativa sería independiente de todo hecho, natural o histórico: únicamente el llamado “derecho justo” sería la unidad jurídica de la comunidad social como norma objetivamente válida.

No obstante, deberíamos señalar que el Derecho no es una norma puesta por una voluntad. Es la conducta humana misma en su aspecto intersubjetivo, anterior incluso a la obra del legislador, quien no crea el Derecho, sino que solamente actúa sobre el mismo. Dicha conducta está referida a determinados valores, de los que es valor supremo la libertad del hombre:

1. El hombre no es bueno ni malo
2. Necesita lograr un orden de convivencia
3. Necesita un cumplimiento de su vocación
4. Conclusión: posibilidad de cumplimiento de las diversas vocaciones individuales, con tres clases de normas:
 - a) Las que se basan en un criterio de justicia: normas éticas
 - b) Las que se basan en un criterio de seguridad: normas políticas
 - c) Las que poseen ambas notas: normas jurídicas

La unilateralidad de las reglas éticas se hace consistir en que frente al sujeto a quien obligan no hay otra persona autorizada para exigirle el cumplimiento de sus deberes. Las normas jurídicas son bilaterales porque imponen deberes correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones.

Las normas éticas son deberes (pero no conceden derechos); las jurídicas son derechos (imponen deberes y conceden facultades): su observancia puede ser exigida, en ejercicio de un derecho, por un sujeto distinto del obligado.

La Moral es interioridad, voluntad pura; el Derecho es exterioridad, son normas. Una conducta es buena, es legítima, cuando concuerda, no sólo interior, sino exteriormente, con la regla ética. Lo que da valor al acto es la rectitud de propósito.

Se debe hacer una división entre moral pragmática, que mide el mérito de la conducta en función de los resultados que produce, en contraposición con la ética de las intenciones, que es la pureza de la voluntad (Dworkin en contraposición a Ihering). Cuando una persona ejecuta un acto de acuerdo con el deber, más no por respeto a éste, su comportamiento no merece el calificativo de virtuoso. Lo contrario ocurre si el sujeto da valor a la norma y no se preocupa por las consecuencias: su actitud ha sido legítima.

EL VALOR DE LA ACCIÓN HUMANA

Lo que llamamos o calificamos como acción totalmente legítima es aquella en que el individuo no obra únicamente conforme al deber, sino por el deber mismo, por el valor que le da, es decir, sin otro propósito que el de cumplir la exigencia normativa.

La Moral, como nos dice Dworkin, apoyado por Hart, es la rectitud de propósitos, la que examina las manifestaciones externas, la práctica de las acciones. El Derecho, en contraposición, es la ejecución, puramente externa de los actos, donde a menudo penetra en el recinto de la conciencia, atribuyendo valor y legitimidad a esos actos, en cuanto poseen trascendencia para la colectividad.

Llamamos Moral a los valores personales y Derecho a los valores colectivos. Una voluntad será moralmente buena en la hipótesis de que entre la conducta y el precepto haya una concordancia, tanto interna como externa, ya que aunque conozcamos respetuosa y espontáneamente una regla ética, no significa auto-legislación para llegar a un valor objetivo.

El valor de una acción depende de la relación de la conducta con el principio del deber. La filosofía valorativa invierte el problema, tal y como nos dice Hart, donde todo deber encuentra su fundamento en un valor, si ese valor es legítimo y su noción, como señala Dworkin, es el concepto ético central.

Ambos autores señalan que la filosofía valorativa separa el problema de la intuición de los valores del de la existencia del valor. Conocemos los valores, la iusnaturalidad de los mismos, más la realidad de éstos no se agota en ser objeto de nuestras valoraciones. La filosofía de los valores afirma el carácter apriorístico del conocimiento. El concepto de valor, que no el de ley positiva, no es adquirible partiendo de la experiencia, sino al revés: ésta sólo puede ser juzgada desde puntos de vista axiológicos.

La filosofía de los valores, en nuestros autores, presenta, no obstante, cuatro grandes problemas:

1. Existencia del valor.
2. Conocimiento estimativo.
3. Realización de lo valioso.
4. Libertad de la persona frente a los valores.

Pero ¿cuál es el modo de ser de los valores? ¿Pertencen al ser real, al ser regido por leyes, o están en el ámbito de la idealidad? Los valores son cualidades de orden material y rango diverso, que existen independientemente de su forma de manifestación, es decir, ya sea que aparezcan realizados en los hechos o se den en la propia conducta.

Los valores son relativos. No es el individuo quien determina el valor de algo, su legitimidad: el sujeto es simplemente uno de sus puntos de referencia; es aquí y entonces donde nos encontramos con tres direcciones: todo valor es inmediatamente un bien para alguien; el valor moral es valor de una conducta (las personas y sus actos) y toda conducta refiere a alguien; únicamente un ser capaz de querer, un ser capaz de proponerse fines y elegir medios de realización, puede ser sujeto de una conducta legal, positiva. Los valores morales no se dan simplemente en los actos, sino que se encarnan en sus autores.

¿Pueden ser los valores conocidos? ¿Hay una intuición de lo valioso? No toda persona posee un criterio propio e independiente de la norma y su valor. El fenómeno de la imitación, en cualquiera de sus aspectos, parece indicar que la conducta humana no es a menudo sino repetición, más o menos fiel y consciente de los actos ajenos.

La fenomenología del valor emocional (moral) es enteramente autónoma e independiente; pero el acceso al mundo de los valores, no se logra por medio de la percepción interior o introspección (frente al conocimiento de la psicología), sino gracias a un conocimiento estimativo o intuición de lo valioso fundado en el sentimiento y en la preferencia.

La intuición de los valores varía de individuo a individuo, con una “estrechez” del sentido del valor. Algunas veces, la intuición de ciertos valores falta por completo, lo que llamamos “ceguera valorativa”. Tal incapacidad puede darse no sólo entre individuos, sino caracterizar a toda una época: no hay ceguera para el valor, sino perversiones y errores de la conciencia estimativa. Puede haber una incongruencia moral entre lo que se considera indebidamente valioso y lo que efectivamente vale. Los valores, como nos decía Ortega, no se crean ni se transforman, se descubren o se ignoran, son obras de grandes espíritus.

Pero, ¿puede el hombre, a través de su conducta, realizar lo valioso? ¿Qué papel desempeña? Si los valores sólo fuesen principios de la esfera ética ideal, carecerían de significación para la conducta y no serían verdaderos principios éticos. Es inherente a los valores el poder trascender la esfera de la idealidad para introducirse en el mundo fluctuante de los actos humanos.

Los valores, en conclusión, son fuerzas determinantes de lo real. Orientan la conducta del hombre en un sentido creador, haciendo que éste dirija sus esfuerzos hacia la realización de lo valioso, de lo legítimo.

El valor moral no se funda en el deber. Todo deber presupone la existencia de los valores; lo que vale debe ser. No es un deber hacer, sino la simple enunciación de que lo valioso debe ser.

Por ende, el sujeto tiene su propia personalidad, su propia libertad, encontrándose constitutivo de la personalidad, la libertad y capacidad de realizar valores y sólo en virtud de la aparición de los valores, como decía Dworkin, y como poderes determinantes en la esfera de los actos de los hombres (Hart), se convierte el sujeto en lo que moralmente es, una persona.

Pero como nos dice Ihering y Puchta la libertad de la conducta debe ser el postulado ineludible y la condición “sine qua non” de toda teoría de la conducta. La facultad puramente normativa, la libertad jurídica, es una facultad derivada de una norma; en oposición, encontramos a la libertad moral, que es el atributo real de la voluntad.

La libertad ante la ley moral debe ser, también, libertad positiva, fundamentada por leyes. La voluntad moral, es este aspecto, es voluntad normativamente determinada. Su libertad sólo radica en una instancia pequeña de los principios éticos.

La responsabilidad de la libertad es un hecho real de la vida ética del individuo, respondiendo de sus actos y aceptando las consecuencias, considerando en este fenómeno tres hechos:

- a) El acto de imputar al comportamiento de un individuo: necesidad.
- b) Capacidad de imputación de la persona: juicio imputativo.
- c) Pretensión de la persona de que sus actos se le imputen: propia responsabilidad.

Estrechamente ligado con lo anterior, nos encontraríamos con el concepto de culpa, la culpa como algo real, que se experimenta, que se sufre. Este sería un tema de otro artículo.