

DIEGO ANDRADE ARMAS

Director de la Escuela de Jurisprudencia
dandrade@pucesi.edu.ec

Al hablar de Filosofía del Derecho, siempre va a surgir la pregunta si el Derecho es natural o positivo, y voy a recoger algunas ideas del profesor de la Universidad de Vigo, doctor Pablo Raúl Bonorino, en su discurso en la Universidad Mariana de Pasto del 30 de agosto del 2010.

DERECHO NATURAL. En este sentido siempre existirán leyes naturales, principios objetivos de moralidad. Estos principios podemos conocerlos tan solo con el uso de la razón, sin ningún otro ejercicio. Y las normas positivas sólo serían derechos si se ajustan a los principios de moralidad.

DERECHO POSITIVO. El Derecho no se identifica por el contenido moral de sus normas, sino por el proceso señalado en la Constitución para su creación. Hay presupuesto de validez en este sentido, sobre todo de forma y de fondo en relación a lo procedimental.

ALGO DE HISTORIA. En 1832 el filósofo inglés Jonh Austin, quien se convertiría en el máximo representante del Ius Naturalismo por un poco más de un siglo, indicó en su texto: "El Derecho y la Ciencia del Derecho": "Derecho es un conjunto de órdenes generales convertidas en conductas obligatorias respaldadas por amenazas de castigo, y emitidas por un soberano (independiente y supremo) generalmente obedecido". PAG 37, 1era reimpresión, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1986, México.

Hart por su parte, en su libro "El Concepto del Derecho", indicaba que: "las normas jurídicas son órdenes dadas por seres humanos; que no hay conexión necesaria entre Derecho y moral o entre lo que es y debe ser; que el análisis del significado de los conceptos jurídicos debe distinguirse de las investigaciones históricas y sociológicas, así como de la valoración moral del Derecho; que un sistema jurídico no tiene lagunas y que las decisiones se concluyen de reglas jurídicas preestablecidas; que los juicios morales a diferencia de los fácticos, no pueden apoyarse en argumentos o pruebas racionales". HERBERT L.A. HART, El concepto del Derecho, traducción de Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot-Buenos Aires.

Hart, entra a defender al Positivismo y para eso ataca a las teorías de Austin, y realiza un ejercicio para una por una dejarlas sin validez. Primero menciona que Austin no da cuenta de la variedad de normas, ni da cuenta del cambio o fragmentación de la autoridad normativa. Hart indica que no todas las normas tienen amenazas, ejemplo las civiles en un contrato no hay prisión en caso de incumplirlo, en un matrimonio, etc. Austin decía que estas normas llevan implícita la amenaza de, en caso de incumplir el contrato, puede ser demandado pero en realidad no pudo explicar cómo se aplica la "amenaza", por lo que a criterio de Hart es forzada la definición.

Hart dice que el Derecho es un conjunto de Reglas Primarias y Secundarias. Las primarias, dice, son las que llevan amenazas (sistema penal), las secundarias son todo el resto de normas. Existe una Regla de reconocimiento para identificar el Derecho y por último la discrecionalidad Judicial, donde los jueces usan las normas para disfrazar los fallos que se desean obtener, por lo que Hart, al no compartir con Austin, dice que cree en la discrecionalidad atenuada. Las normas no utilizan el concepto de justicia, sino un lenguaje normal y popular; como por ejemplo, si yo defino la palabra "balón", no utilizo como en Derecho términos tales como balón de bolley, de fútbol o con nombres sofisticados "jabulani", etc, así también opera la discrecionalidad judicial aplicando la norma y no la palabra; eliminando así el caso, como dice Pablo Raúl Bonorino, profesor de Filosofía del Derecho de la Univer-

sidad de Vigo y autor de la confrontación de Hart-Dworkin.

Ronald Dworkin, en 1967, hace lo mismo que Hart con Austin, descalifica cada una de sus teorías y dice que, así seamos positivistas, abandonemos a Hart porque el andamiaje donde sustenta sus afirmaciones son: a) una prueba de "pedigrí" para identificar normas y b) discrecionalidad judicial en ausencia del Derecho.

Estas teorías son inaceptables porque los jueces aplican principios que no se comportan como las reglas: no tienen proceso legislativo, tienen peso. Y las normas se aplican del todo o nada. En los principios se dan todas las condiciones, pero, en el caso particular, el Juez considera que no se aplican. Entonces el principio es desplazado por otro principio aplicado a un caso particular. "Los jueces aplican principios que no se comportan como reglas".

Los principios o forman parte del Derecho o están fuera del Derecho. El positivismo así debe ser abandonado porque las reglas son irrelevantes, y, en última instancia, se aplica el principio.

La discrecionalidad es trivial, la discrecionalidad debe ser fuerte y no tiene derecho que aplicar. Si entendemos los principios como parte del Derecho entonces hay que abandonar la prueba de pedigrí y la tesis de discrecionalidad positivista. El Juez aplica Derecho por los principios.

Y usted está con el ius naturalismo o el positivismo?.



Consultorios jurídicos gratuitos de la PUCE-SI, cumpliendo con Filosofía del Derecho.