
PRÓLOGO

Hace aproximadamente siete años el muy joven Ismael Martínez se acercó a mi cubículo en el Instituto de Investigaciones Filosóficas en la UNAM para pedirme si podía dirigir su tesis de licenciatura. No tenía aún claro qué tema pero le interesaba la filosofía del derecho. A lo largo de aquellos primeros meses lo recuerdo tocando a mi puerta con bastante frecuencia con alguna pregunta, algún tema que le inquietaba y que terminaba por ocuparnos algunas horas de discusión. Porque una virtud o defecto –el tiempo lo dirá– que tiene Ismael es que uno siempre termina discutiendo con él. Y quizá mi más grave error o acierto –el tiempo lo dirá también– fue haberle sugerido que comenzáramos leyendo *The Concept of Law* (1961) de Hart. Desde entonces, Ismael se ha enfocado en la obra de Hart y se ha convertido en un fervoroso partidario de ella.

La comprensión de la obra de Hart pasa hoy día por el conocimiento de una serie de intrincados y sofisticados debates en torno a su obra por parte de sus se-

guidores. El positivismo jurídico es una de las escuelas o doctrinas más importantes en los últimos doscientos años, en este sentido sus contribuciones son innegables. Como diría Brian Bix, quizá hoy día todos somos positivistas,¹ precisamente porque hoy día nuestro campo de estudio y comprensión gira en torno al positivismo en tanto corriente (todavía) dominante.

Sin embargo, lo que hoy entendemos como positivismo jurídico, precisamente por lo sofisticado que se ha vuelto el debate, merece algunas aclaraciones. La idea más básica y fundadora de esta corriente podría expresarse en los términos que lo hiciera John Austin en 1832: "*The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or not be is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry...*".² Bajo una idea tan básica como esta –que implicaba ya trazar una separación tajante (lógica) entre *el derecho que es* y *el derecho que debe ser*, y en la distinción entre el conocer el derecho y la evaluación moral del derecho– surgirían diversas escuelas positivistas que se desarrollarían principalmente durante los siglos XIX y XX y que darían diversos alcances a esta idea básica.

Desde la teoría de John Austin o la de Hans Kelsen, pasando por el realismo en sus versiones norteamericanas y escandinava, y hasta la jurisprudencia analítica de Herbert Hart, los positivismos coincidirían en algunas pocas ideas básicas. Desde luego que teorías como la de Austin y la de Kelsen han sido teorías dominantes en algún momento, sin embargo hoy día es la teoría hartiana la que ocupa ese lugar.

¹ Brian Bix (2005) "Positivism", en Martin P. Golding y William A. Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing, Singapore, pp. 29-49.

² *Ibid.*, p. 29.

Pero la doctrina hartiana, como mencioné, pasa hoy por comprender los complejos desarrollos que ha tenido en manos de sus seguidores.

Hay que advertir que el desarrollo de la teoría hartiana está estrechamente ligado a los efectos de la crítica que, principalmente, realizaría Ronald Dworkin a principios de los años setenta y que reforzaría a lo largo de su vida intelectual.³ Recordemos que la crítica de Dworkin se enfocaba en señalar que el positivismo no presentaba una buena reconstrucción de lo que era un sistema jurídico porque explicaba su conformación sobre la idea de las reglas, pasando por alto que estaba conformado también por principios. En este sentido, el positivismo, especialmente el de Hart, no podía dar cuenta de que la obligación jurídica se generara por principios. Esto a su vez implicaba que se entendiera el tema de la validez jurídica como una cuestión de *pedigree*, esto es, de pertenencia al sistema. Dworkin sugería que los principios introducen criterios morales para determinar la validez y que la *regla de reconocimiento* de Hart (explicada como una regla social consistente en la práctica de los funcionarios encargados de aplicar el derecho) era incapaz de identificar la validez de los principios.

La famosa respuesta de Hart a las críticas de Dworkin en el *Postscript* (1994),⁴ lo harían colocarse del lado de lo que se llamó el positivismo incluyente o *soft positivism*. La tesis del positivismo incluyente consistiría en sostener que a pesar de que no hay una conexión *necesaria* entre el derecho y la moral, la regla de reconocimiento última de un sistema jurídico podría incorporar algún criterio moral para

³ Cfr., especialmente dos de sus libros más importantes: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989, y *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, M.A., 1986.

⁴ Existe una versión en español: H.L.A. Hart (2000), *Post scriptum al Concepto del Derecho*, estudio preliminar y traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México.

determinar la validez en tal sistema. La conexión entre derecho y moral es contingente, pero diversos sistemas legales contemporáneos, especialmente los constitucionales, incorporan criterios morales entre sus criterios de validez. Otro grupo de seguidos hartianos, especialmente Joseph Raz, mantendrían la tesis fuerte de que no hay conexión *necesaria* o conceptual entre el derecho y la moral, afirmarían que nunca un criterio moral puede ser condición ni necesaria ni suficiente para determinar cuándo una norma es jurídica. A esta postura se le conocerá como positivismo jurídico excluyente o *hard positivism*.

La respuesta que diera Hart a Dworkin en el *Postscript* implicó una reformulación de la regla de reconocimiento como una *regla convencional*. Esta diferencia es relevante porque ahora no basta para la existencia de la regla de reconocimiento que la práctica de los funcionarios sea convergente (que exista en tanto práctica social), sino que se necesita que los funcionarios acepten la práctica como una razón para su actuar, es decir, que la regla implique una convención social que guíe la conducta de los funcionarios.

El trabajo que ahora publica el Centro de Estudios Constitucionales es producto de la tesis de maestría que presentó Ismael Martínez en el Posgrado de Filosofía de la UNAM. La contribución de este trabajo consiste en explicarnos dos teorías positivistas contemporáneas, el convencionalismo y el institucionalismo. El convencionalismo parte de la comprensión de la regla de reconocimiento como una práctica convencional y en este sentido pretenden estar desarrollando las ideas hartianas. Por su parte el institucionalismo, desarrollado por Neil MacCormick y Otta Weinberger, aunque de manera menos directa o explícita refiere a la teoría de Hart, supone una explicación del derecho como un orden institucional, es decir, un orden conformado por normas constitutivas. Las dos propuestas teóricas se han entendido

como dos interpretaciones muy distintas del proyecto positivista. La tesis de Ismael Martínez propone interpretar al institucionalismo como parte del proyecto convencionalista (al menos respecto de un tema central como es el de la validez jurídica). Si esto fuera correcto, el convencionalismo no solo se reafirmaría como una de las estrategias más recurrentes para defender el proyecto positivista frente a sus muchos críticos, sino que ganaría quizá un poderoso aliado al presentar al institucionalismo de MacCormick como un proyecto, a fin de cuentas, ligado necesariamente al convencionalismo. Hay un detalle más, el tipo de convencionalismo detrás del institucionalismo está ligado al convencionalismo constitutivo de Andrei Marmor, uno de los principales defensores del positivismo excluyente. La lectura positivista de la regla de reconocimiento y del problema de la validez jurídica que se nos propone será consistente con la tesis fuerte⁰ del positivismo excluyente.

Este trabajo es ya una clara muestra del potencial que tiene Ismael Martínez, quienes lo conocemos y lo hemos visto discutir y trabajar, sabemos que su talento lo llevará lejos en sus reflexiones iusfilosóficas sobre el derecho. Seguramente, y quizá a pesar mío, se convierta en un muy buen defensor del positivismo jurídico, en un digno sucesor de grandes teóricos mexicanos como Ulises Schmill y Rolando Tamayo y Salmorán. Lo que en todo caso me reconforta es que seguramente seguir discutiendo con él y seguir leyéndolo me permitirá seguir aprendiendo, pues no hay privilegio más grande para un maestro que poder aprender de sus alumnos.

Juan Antonio Cruz Parceró