

SOBRE LA INCOHERENCIA DEL POSITIVISMO JURÍDICO*

El positivismo jurídico es una empresa intelectual incoherente. Se incapacita a sí mismo para llevar a cabo la tarea explicativa que se propone. En consecuencia, ofrece a quienes lo estudian pretendidas e inválidas derivaciones del *deber* a partir del *ser*.

En este breve ensayo apunto varios rasgos del positivismo jurídico y de su historia antes de intentar identificar esta incoherencia esencial. No pretendo renunciar a mi opinión de que la reflexión sobre el derecho y la teoría jurídica se lleva a cabo mejor sin hacer referencia a las inestables y parasitarias categorías académicas o etiquetas tales como “positivismo” (o “liberalismo”, o “conservadurismo”, etcétera). Uso el término por comodidad, para designar una deslavazada familia de teorías y de pensadores que participan en nuestro diálogo contemporáneo y que han usado el término para describir sus propias teorías, o las teorías jurídicas de los escritores que quieren que admiremos.

I

La idea de que no hay criterios de conducta salvo aquellos creados —establecidos, puestos— por convenciones, órdenes u otros hechos sociales similares era bien conocida para Platón¹ y Aristóteles.² El desarrollo de una crítica sostenida de cualquier idea

* Publicado originalmente como “*Propter honoris respectum. On the Incoherence of Legal Positivism*”, *Notre Dame Law Review*, 2000, 75, pp. 1597-1611. Traducción de C. Pereira Sáez. Supervisión de Carlos I. Massini-Correas.

¹ Véase Platón, *Las leyes*, IV.

² Véase Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, I, § 13.

de este tipo fue un objetivo primordial de estos filósofos y, en alguna medida, de sucesores suyos, como Cicerón.³ Actualmente, los impulsores de esta clase radical de “positivismo excluyente” son los seguidores, conscientes o inconscientes, de Nietzsche o de otros que, como él, reducen la ética y la teoría normativa política o jurídica a una búsqueda de la “genealogía” de las fuentes históricas (quizá en parte o completamente psicológicas) de los criterios éticos, políticos o jurídicos. Estos autores suponen o declaran que estas fuentes sólo pueden consistir en un ejercicio de voluntad de individuos carismáticos o de grupos que ambicionan el poder, o en los impulsos y compulsiones subracionales de dominación, sumisión, etcétera, supuestamente similares a la voluntad.

El positivismo *jurídico* es, en principio, una propuesta más modesta: la de que el derecho estatal es, o debería ser, sistemáticamente estudiado como si fuera un conjunto de normas originadas exclusivamente por convenciones, órdenes y otros hechos sociales similares. Tal y como fue desarrollado por Bentham, Austin y Kelsen, el positivismo jurídico era oficialmente neutral respecto de la cuestión de si, fuera del derecho, hay criterios morales cuyo carácter directivo (normatividad, autoridad, obligatoriedad) en la deliberación no es completamente explicado por ningún hecho social. Por supuesto que Bentham y Austin no creían que la obligatoriedad de la moral utilitarista que promovían dependiese de la aprobación de alguna persona o algún grupo, aun cuando Austin sostuviera que todo el contenido de las normas utilitaristas está también ordenado por Dios. La teoría oficial de Kelsen, hasta casi el final de su vida, era —por lo menos cuando estaba haciendo filosofía jurídica— que puede haber verdades morales, pero si las hay, están totalmente fuera del campo visual de la ciencia jurídica o filosofía jurídica. Sin embargo, al final de su vida su postura fue de un completo escepticismo moral⁴ o de un vo-

³ Véase Cicerón, *De Finibus*, 1-7, 3.20.

⁴ Véase, e. g., Kelsen, H., *General Theory of Norms*, trad. de M. Hartney, Oxford University Press, 1990, pp. 226.

luntarismo moral puro: las normas morales no podrían ser otra cosa que mandatos divinos, si Dios existiese. Estas tesis últimas de Kelsen son la consumación no sólo de la línea voluntarista que recorre todo su pensamiento sobre el derecho positivo, sino también de todas las teorías anteriores que daban por supuesto que el derecho y su obligatoriedad son y deben ser producto de la voluntad y el poder coactivo de un superior.

La generalmente llamada Escuela Moderna del Derecho Natural ejemplifica, en gran parte, esta teoría. Esta tradición surge claramente antes de 1660, año en que Samuel Pufendorf publicó en La Haya su *Elementorum jurisprudentiae universalis libri duo*.⁵ Aquí, o en el largamente inédito *Questions Concerning the Law of Nature*⁶ (hacia 1660-1664) de John Locke, pueden estudiarse rasgos característicos de este tipo de teoría del derecho natural. Ambos escritores son claramente deudores de Hugo Grocio en algunas cosas, y de Thomas Hobbes en otras. De manera muy significativa, Pufendorf describe *De cive* (1642), de Hobbes, donde se anuncian las principales tesis morales y jurídicas de su más famoso *Leviathan* (1651), como “en su mayor parte sumamente aguda y sólida”.⁷

A partir del influyente *De iure belli at pacis* (1625) de Grocio, Locke y Pufendorf toman la idea, atractiva pero bastante opaca, de que la moral y los principios básicos del derecho son una cuestión de “conformidad con la naturaleza racional”.⁸ Estos autores nunca abordan en serio las preguntas relativas a cómo se conoce esa naturaleza y por qué es prescriptiva para toda persona. Hobbes afronta y contesta tales preguntas fundamentales. Sin embargo, sus respuestas tratan nuestro razonamiento práctico como si

⁵ Pufendorf, S., *Elementorum jurisprudentiae universalis libri duo* (trad. De W. Abbott Oldfather, Clarendon Press, 1931) 1672.

⁶ Locke, J., *Questions Concerning the Law of Nature* (trad. de R. Horwitz et al., Cornell University Press, 1990), 1664.

⁷ Pufendorf, S., *op. cit.*, xxx.

⁸ Grocio, H., *De Jure Belli at Pacis* (trad. de F.W. Kelsey, William S. Hein & Co., 1995), 1625, libro I, p. 38.

estuviese por completo al servicio de la motivación de pasiones sub-rationales, como el miedo a la muerte o el deseo de superar a los demás —motivos del mismo tipo que la tradición clásica considera que necesitan ser dirigidos por la captación por la razón de los fines últimos y mejores, de bienes verdaderos e intrínsecos, de razones realmente inteligentes para la acción—.

“[N]inguna ley sin legislador”.⁹ Ninguna obligación sin sujeción a la “voluntad de un poder superior”.¹⁰ “La definición formal de la ley es: la declaración de una voluntad superior”.¹¹ “La norma de nuestras acciones es la voluntad de un poder superior”.¹² La ley sin (la perspectiva de) el castigo es vana.¹³ Los fundadores de la Escuela Moderna de la Ley Natural consideran estas definiciones y axiomas (que son de Locke) aplicables tanto a la ley natural, los principios mismos de la moral, como al derecho positivo de los Estados.¹⁴ Así, la obligación se está “deduciendo” abiertamente de un hecho, el hecho de que tal o cual cosa ha sido querida por quien tiene poder para infligir un daño. Es cierto que cuando está en juego la ley natural (la moral), se supone que el superior, Dios, es sabio. Pero a la idea de la divina sabiduría no se le da ningún papel positivo en la explicación de por qué los mandatos divinos crean obligaciones para una conciencia racio-

⁹ Locke, J., *op cit.*, p. 193.

¹⁰ *Ibidem*, p. 167; véase, también, p. 159.

¹¹ *Ibidem*, p. 103.

¹² *Ibidem*, p. 205.

¹³ Véase *ibidem*, p. 193.

¹⁴ Véase, *e. g.*, Pufendorf, S., *op. cit.*, p. 89: “Porque, si has excluido a Dios de la función de administrar justicia, toda la eficacia de... los pactos, a cuya observancia una de las partes contratantes no puede obligar por la fuerza a la otra, se extinguirá de inmediato, y cada uno medirá la justicia según su propia ventaja particular. Y, ciertamente, si queremos confesar la verdad, una vez que se ha suprimido el temor a la venganza divina, no parece haber razón suficiente por la que yo debiera estar en absoluto obligado, una vez que las condiciones que determinan mi ventaja hayan cambiado, para proporcionar aquello que me había obligado a proporcionar a la otra parte cuando mis intereses me orientaban en aquella dirección; siempre que, por supuesto, no tenga mal real alguno que temer, por lo menos de ningún hombre, como consecuencia de ese acto”.

nal. El *derecho* de Dios a legislar se explica, en cambio, mediante la analogía del puro poder: “¿Quién, en efecto, dirá que el barro no está sujeto a la voluntad del alfarero, y que la vasija no puede ser destruida por la misma mano que la formó?”¹⁵

Locke, como Hobbes, es incómodo, aunque vagamente consciente de que el “deber” no puede inferirse del “ser” sin algún “deber” ulterior. Es decir, es incómodamente consciente de que el hecho de que una conducta *fue* querida por un superior, o incluso por una parte de un contrato, no explica por qué esa conducta es obligatoria *ahora*. Por eso piensa, a veces, en completar su crudo voluntarismo (los deberes se explican por actos de *voluntad*) con la racionalidad de la coherencia lógica: los principios morales fundamentales son tautologías, normas que sería *auto-contradictorio* negar.¹⁶ Hobbes había aventurado una explicación similar de la obligatoriedad de los contratos (como su contrato social fundamental de sujeción al soberano). Aun así, su explicación oficial y más importante era del tipo “triumfan bastos” (la voluntad respaldada por una fuerza superior, esto es, por la capacidad de infligir un daño).¹⁷ Este recurso a la coacción admite tácitamente que el hecho de que alguna otra persona haya *querido* que haga o me haya *ordenado* hacer algo no proporciona por sí mismo razones para la acción, ni normatividad o carácter directivo para mis deliberaciones.

Más aún, como argumenta Kelsen, la confianza en la voluntad de un superior para explicar el derecho y su normatividad no deja, al final, lugar a exigencia alguna de consistencia lógica en el derecho, ni a ningún intento de razonar desde una regla general (el asesinato ha de ser castigado) hasta una conclusión obligatoria

¹⁵ Locke, J., *op. cit.*, p. 167; véase, también, pp. 164-166: “[P]atet... posse homines a rebus sensibilibus colligere superiorem esse aliquem potentem sapientemque qui in homines ipsos *ius habet et imperium*. Quis enim negabit lutum figuli *voluntati esse subjectum*, testamque eadem manu qua formata est” (cursivas añadidas).

¹⁶ Véase *ibidem*, pp. 178 y 179 (este pasaje fue suprimido por Locke en 1664).

¹⁷ Véase Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 348 y 349.

(Smith, habiendo asesinado a Jones, ha de ser castigado).¹⁸ De ahí la postura final de Kelsen, penosa para muchos que quieren ser positivistas: la única fuente de normatividad y, por tanto, de la normatividad de una norma particular, es la positividad, es decir, la volición real de esa norma por un superior. Desde este presupuesto, ni siquiera la racionalidad del razonamiento jurídico lógico e incontrovertido puede nunca dar lugar a la obligatoriedad: nada, excepto un acto de la voluntad, puede hacerlo.¹⁹

Las tesis últimas de Kelsen no pueden ser anuladas como excentricidades de interés meramente biográfico. De todas formas, el positivismo jurídico —llamado a veces “positivismo jurídico excluyente”— defendido hoy por filósofos del derecho como Joseph Raz es muy diferente. A la vez que afirma que todo el *derecho* se basa en y es validado por fuentes fáctico-sociales —afirmación que le hace positivismo jurídico excluyente—, acepta también que los jueces puedan tener, y no es raro que tengan, la obligación jurídica y moral de incluir en su razonamiento judicial principios y normas que son aplicables porque, aunque no son jurídicamente válidas (porque hasta el momento no han sido puestas por ninguna fuente fáctico-social), son o el juez en cuestión las considera *moralmente verdaderas*.²⁰

II

La teoría clásica de la ley natural no rechaza las tesis de que lo que ha sido puesto es positivo y lo que no ha sido puesto es no positivo (de hecho, el mismo término “derecho positivo” es un término importado a la filosofía por Tomás de Aquino, que fue también el primero en proponer que todo el derecho de una comunidad polí-

¹⁸ Véase Kelsen, H., *op. cit.*, pp. 189-193 y 211-251.

¹⁹ Véase *ibidem*, p. 6: “En términos generales: ningún Deber sin una voluntad (aunque sea sólo ficticia)”.

²⁰ Véase, *e. g.*, Raz, J., *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 190 y 191.

tica puede ser filosóficamente considerado como derecho *positivo*).²¹ Sin embargo, estas tesis necesitan en gran medida ser aclaradas. ¿Qué significa decir que una regla, principio u otra norma “ha sido puesta por una fuente fáctico-social”? ¿Significa lo que entendió que significaba el último Kelsen, que nada menos que el expreso establecimiento de la norma misma en toda su especificidad —y ningún tipo de mera derivación (inferencia) o posibilidad de derivación— es suficiente? Es virtualmente imposible encontrar algún otro positivista que siga a Kelsen en esto. Pero, si no es así, ¿qué tipo de consistencia-con-lo-que-ha-sido-específicamente-establecido por una fuente fáctico-social es necesaria y suficiente para que una norma merezca ser considerada como “puesta”? ¿Según qué criterios ha de contestarse esta última pregunta teórica?

Está claro, entonces, que los filósofos del derecho tienen escasos motivos para contentarse con idea alguna de que la teoría jurídica debe, simplemente, informar de los hechos sociales relativos a qué ha sido y qué no ha sido expresamente puesto mediante actos reales de expresión deliberada, en esta o aquella comunidad. El mismo Raz va bastante más allá de un proyecto así de limitado cuando afirma que los tribunales tienen, característicamente, el deber jurídico y/o moral de aplicar normas no jurídicas.

Considérese ahora el proceso judicial o jurídico de identificación de una norma moral como norma que cualquiera que decida un caso determinado tiene el deber de aplicar, aun cuando no haya sido (todavía) puesta por el hecho social de la costumbre, la promulgación o la previa decisión judicial. Esta norma moral determinada será, normalmente, una especificación de un principio moral muy general, como la equidad, que rechaza el trato favorable o desfavorable que resulta arbitrario cuando se evalúa según los principios de que los casos iguales deben tratarse de la misma manera y los casos distintos de manera diferente, y de que uno debe hacer por los demás lo que le gustaría que los

²¹ Véase Finnis, J., “The Truth in Legal Positivism”, en George, R. (ed.), *The Autonomy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 195-214.

demás hiciesen por él o por las personas a quienes ya favorece. Pero tal especificación —hacer más específico— de un principio moral general no puede tener lugar sin atender cuidadosamente al modo en que ya la ley indiscutidamente puesta trata a las personas, cosas y actividades. Sin esa atención, no puede establecerse qué casos son iguales y qué casos diferentes, ni saber a qué clases de personas, actos o cosas la ley positiva existente favorece o desfavorece. Por lo tanto, sólo quienes conocen el conjunto de leyes relevantes lo bastante bien como para saber qué nueva norma de solución de conflictos realmente se adecúa mejor que otra norma alternativa pueden hacer adecuadamente la elección de la norma moralmente correcta, de la solución moralmente correcta para el caso que se tiene entre manos. Esta elección, cuando es hecha de esta manera por los jueces, es, en cierto modo, crear derecho nuevo. Sin embargo, esta responsabilidad judicial, como los jueces se recuerdan periódicamente a sí mismos (y a los abogados, y a su público), difiere significativamente de la autoridad de los legisladores para promulgar medidas revocatorias generales, para hacer clasificaciones novedosas de las personas, cosas y actos, y trazar líneas claras de distinción que podrían, de forma razonable, haber sido trazadas de otra manera. Puede, razonablemente, señalarse esta significativa diferencia diciendo que la “nueva” norma judicialmente adoptada, al estar tan estrechamente controlada por las contingencias del derecho puesto existente, era *ya*, en un sentido importante, *parte* del derecho.²² El rechazo del positivismo jurídico excluyente de aceptar este modo de hablar es infundado y está inadecuadamente motivado.

III

Para un juez, y para un abogado que intenta seguir el razonamiento judicial, el derecho tiene una doble vida.

²² Véase Finnis, J., “The Fairy Tale’s Moral”, *Law Quarterly Review*, 115, 1999, pp. 170, 174 y 175.

Una de sus vidas (por decirlo de alguna manera) es (i) su existencia como el puro hecho de que determinadas personas han hecho esto y lo otro en el pasado, y de que determinadas personas tienen, aquí y ahora, tal y tal otra disposición para decidir y actuar. Estos hechos proporcionan su explicación del derecho de una comunidad al “positivismo jurídico excluyente” (nótese, sin embargo, que los positivistas jurídicos empiezan a abandonar, con razón, la opinión de que la teoría jurídica debe atender sólo a aquello que está puesto en las fuentes fáctico-sociales, al afirmar que el derecho es sistemático: el contenido de lo que se considera “expresamente puesto” es establecido por el contenido de *otras* reglas y principios del sistema, con el resultado de que incluso si estas otras normas están, cada una de ellas, puestas por hechos sociales, ningún creador del derecho, judicial o de otro tipo, establece, de hecho, o puede establecer por sí mismo el contenido y efecto jurídicos de su acto —el hecho social— de posición).

La otra vida del derecho es (ii) su existencia como criterio directivo para las deliberaciones en conciencia de quienes tienen la responsabilidad de decidir (hacer justicia) según el derecho. Desde este punto de vista “interno”, los hechos sociales de posición aportan muy poco y demasiado. Muy poco porque en los casos de *desarrollo* jurídico del tipo que he esbozado, estos hechos, aunque no son irrelevantes, deben completarse con las normas morales a aplicar por verdaderas. Y demasiado porque, a veces, las fuentes fáctico-sociales producen normas tan viciadas desde el punto de vista moral que incluso los jueces que han jurado seguir el derecho deben rechazarlas en favor de reglas alternativas más coherentes con los principios morales (con la plena conformidad con la razón práctica) y con todas aquellas otras partes del derecho puesto que son coherentes con el principio moral.

Los “positivistas jurídicos incluyentes” son reacios a separar la pregunta “¿cuál es el derecho que rige este caso?” de la pregunta “¿cuál es, según nuestro derecho, mi deber como juez en este caso?”. Si el derecho de la comunidad considerado en su

conjunto, explícita o implícitamente, exige, o incluso autoriza, a los jueces a que se pregunten, en cierto tipo de casos, qué exige la moral en circunstancias de ese tipo, entonces la norma o normas morales que respondan a esa pregunta —o por lo menos las conclusiones morales aplicables en tales circunstancias— tienen autoridad tanto jurídica como moral. La norma o normas morales, en esta medida y por esta razón, han de ser consideradas como parte de nuestro derecho. Están, como dicen algunos, “incluidas” en, o “incorporadas” al derecho de la comunidad. El positivista jurídico excluyente (recordamos) insiste en que tales normas, incluso aunque determinen el deber de los jueces en un caso tal, quedan fuera del derecho, excluidas por su carencia (al menos hasta el momento) de pedigrí fáctico-social.

Las discusiones entre positivistas jurídicos excluyentes e incluyentes son, en mi opinión, un estéril conflicto de demarcaciones, poco más que una disputa acerca de las palabras “derecho” y “sistema jurídico”. Es posible, sin duda, considerar el derecho en general, y el derecho de una comunidad particular, pasada o presente, como (i) un hecho complejo relativo a las opiniones y prácticas de un conjunto de personas en un momento dado. Quienes consideran el derecho precisamente de este modo tienden, de manera no irrazonable, a dar prioridad a las creencias y a las prácticas de aquellos miembros de la comunidad que se ocupan del derecho como profesionales, tales como jueces, asesores jurídicos, agentes judiciales, policía, etcétera. Al describir este complejo hecho, bien pueden (como hace Hart) tratar al derecho como una razón para la acción, y describir la ley como un conjunto de razones (de las que algunas autorizan, algunas obligan y algunas hacen ambas cosas) que se sistematizan mediante interrelaciones de derivación, restricción interpretativa y otros tipos de interdependencia, y que pretenden dar una orientación coherente. Aun así, dado que este tipo de teóricos se interesan por los hechos relativos a las creencias y prácticas de un grupo de personas, no necesitan hacer juicios sobre si las normas del sistema son, de hecho, coherentes, o si sus reglas más básicas de vali-

dación, autorización, creación y reconocimiento explican de manera satisfactoria las otras normas del sistema, o dan a cualquiera una razón verdaderamente razonable y racionalmente suficiente para actuar de una manera específica, sea como juez, ciudadano o de algún otro modo.

Es posible, sin embargo, considerar el derecho, y el derecho de una comunidad particular, precisamente como (ii) buenas razones para la acción. Pero cuando la deliberación sigue su curso, las *razones* que tenemos para la acción (y para abstenernos de la acción) realmente buenas y las únicas que son de verdad suficientes son razones morales: esto es lo que significa que una razón sea moral a los ojos de cualquiera que procura pensar y actuar con la autonomía, auto-determinación y rectitud de conciencia que la tradición clásica hace centrales.²³ Y es obvio que, *para los propósitos de este tipo de consideración*, nada contará como derecho a no ser que esté de acuerdo con las exigencias de la moral, tanto positivas como negativas. Una moral sólida exige, ciertamente, que nos preocupemos de hacer, aplicar, cumplir y sostener las leyes positivas, basadas en fuentes fáctico-sociales y con pedigrí, y que las mantengamos en coherencia entre sí. Estas leyes positivas añaden algo, mucho en realidad, a las directrices inherentes a la moral. Este algo añadido es específico para la comunidad, el momento y el lugar en cuestión, incluso si es, como sin duda muchas veces debe ser, igual en contenido a las normas de derecho positivo sobre las materias relevantes de otras comunidades particulares.

La teoría clásica de la ley natural se ocupa, principalmente, del segundo tipo de investigación. Pero tiene un absoluto respeto hacia las consideraciones descriptivas, históricas, “sociológicas” del primer tipo, y trata de beneficiarse de ellas. La teoría clásica de la ley natural también ofrece razones²⁴ para juzgar que

²³ Véase Platón, *Gorgias*; Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae*, I-II, prólogo, y Finnis, J., *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 20, 124 y 125.

²⁴ Véase Finnis, J., *Natural Law...*, *cít.*, pp. 3-22.

las descripciones *generales* del derecho serán fructíferas sólo si su estructura conceptual básica se deriva, de manera consciente y crítica, de la comprensión de las *buenas razones* que las investigaciones del segundo tipo tratan de alcanzar mediante el debate abierto y la valoración crítica.

Cualquiera que haga y se adhiera firmemente a esta distinción básica entre (i) las preguntas acerca de lo que *es* (o *era*, o *es probable*) y (ii) las preguntas acerca de lo que *debe ser*, observará que gran parte del debate entre los positivistas jurídicos surge de, o por lo menos supone, una falta de atención a esta distinción. De hecho, mucha de la literatura iusfilosófica contemporánea parece balancearse sin remedio entre lo rigurosamente descriptivo (“externo” a la conciencia) y lo rigurosamente prescriptivo (“interno” a la conciencia), ofreciendo varias, pero siempre incoherentes, mezclas de los dos. ¿Qué es lo que permite a los positivistas jurídicos “excluyentes” sostener, ni siquiera conceder, que los jueces tienen, a veces, el deber de *salir del derecho* y aplicar normas morales? ¿Cómo puede un “positivismo” consagrado a (según dicen) *los hechos* incluir propuestas sobre el deber moral?

Una comprensión rigurosamente descriptiva del derecho de Ruritania no puede hacer más que informar de la más o menos amplia *aceptación* que existe en Ruritania de que, en determinadas circunstancias, los jueces deban resolver los casos mediante la aplicación de normas que juzgan moralmente verdaderas, aunque no tengan pedigrí —es decir, aunque no estén, hasta el momento, certificadas por alguna fuente fáctico-social del derecho—. Supóngase ahora que la regla de reconocimiento referida incluye en sus propios términos la declaración de que cualquier norma sin pedigrí que los jueces estén obligados o autorizados por dicha regla de reconocimiento a aplicar (porque la consideren moralmente verdadera) debe ser entendida y declarada por los jueces *parte integral del derecho de la comunidad*. ¿Qué razón tienen los positivistas excluyentes para decir que tal regla de reconocimiento es, de alguna manera, infiel a la naturaleza del derecho?

Supóngase, por otro lado, que la regla de reconocimiento de Ruritania estipula que cuando a los jueces se les exija o se les autorice a aplicar una norma sin pedigrí porque la consideren moralmente verdadera, éstos deben hacerlo tratándola *no* como parte del derecho de Ruritania, sino más bien como análoga a aquellas reglas de Estados extranjeros que son aplicables en los tribunales de Ruritania en virtud de las reglas de elección-del-derecho del derecho de conflictos de leyes de Ruritania (esta estimación bien podría tener consecuencias jurídicas, como en los casos relativos a la aplicabilidad retroactiva de la norma, o a su uso en la valoración de si ha habido un “error de derecho” para los propósitos de las reglas de limitación de la acción o de restitución). ¿Qué razón tienen los “positivistas jurídicos incluyentes” para sostener que esta regla de reconocimiento es, de alguna manera, infiel a la naturaleza del derecho? Pero si reconocen que no es en modo alguno infiel a la naturaleza del derecho, ¿qué es “positivista” en su postura? Y ¿es posible que una polémica ilusofilosófica entre “ismos” rivales tenga un contenido teórico serio si puede verse afectada por lo que una comunidad determinada declare que es su derecho?

En mi opinión, en la polémica contemporánea entre positivistas jurídicos excluyentes e incluyentes no está en juego de forma sistemática ninguna verdad sobre el derecho. No vale la pena continuar con la discusión principal. Siempre que se sea claro e inequívoco con los lectores, no importa nada que el derecho positivo se defina como (todas y sólo) las normas *con pedigrí* o, en cambio, como (todas y sólo) las normas *aplicables por los jueces* cuando actúan como tales.²⁵ Cada una de las definiciones tiene sus ventajas y sus inconvenientes. Considerar derecho sólo lo que tiene pedigrí tiene los inconvenientes ya mencionados: (a) la re-

²⁵ Véase un ejemplo de la polémica sobre cuál de estas alternativas es correcta en Dworkin, R., “A Reply by Ronald Dworkin”, en Cohen, M. (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London, Duckworth, 1984, p. 261, y Raz, J., “Legal Principles and the Limits of the Law”, en Cohen, M., *op. cit.*, pp. 84 y 85.

lación entre el deber jurídico y el deber de los tribunales parece caer fuera de la “ciencia” o “filosofía” *del derecho*, y (b) parece que no hay ninguna manera de especificar con precisión qué se considera “con pedigrí” (“derivado”, “derivable”, etcétera), excepto la amputación de la mayor parte del método y del pensamiento jurídico —de todo razonamiento de una norma a otra, o a partir de la coherencia sistemática— que hace el último Kelsen en virtud de su exigencia de que haya un acto específico de voluntad que dé pedigrí a todas y cada una de las proposiciones de derecho. Considerar derecho cualesquiera normas que los tribunales tengan el deber judicial de imponer tiene el inconveniente de que no puede hacerse bien —de manera crítica y suficiente— sin asumir precisamente la tarea de la doctrina clásica de la ley natural, y seguir, en lo sustancial, su camino.

IV

Como he apuntado, la “positividad” del derecho fue expresada, adoptada y explicada por primera vez por los filósofos clásicos de la ley natural. El positivismo jurídico se identifica a sí mismo como un desafío para las teorías del derecho natural. Ha tenido, digamos, 225 años²⁶ para hacer inteligible este desafío. La mejor exposición que sus defensores contemporáneos pueden ofrecer de este desafío es “no hay una relación necesaria entre el derecho y la moral”.²⁷ Pero la filosofía del derecho clásica ha afirmado siempre

²⁶ Esto es, desde Jeremy Bentham. Véase Bentham, J., *A Comment on the Commentaries and a Fragment on Government* (ed. de J. H. Burns y H. L. A. Hart, Humanities Press, 1977), 1776.

²⁷ Coleman, J. L. y Leiter, B., “Legal Positivism”, en Patterson, D. (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 1996, pp. 241-260. Los autores añaden otra “creencia central” y otro compromiso “ulterior”: (i) “qué se considere derecho en una sociedad particular es fundamentalmente una cuestión de hecho social o convención («la tesis social»)” (*ibidem*). El filósofo iusnaturalista clásico observará que esto es equívoco entre a) la proposición tautológica de que lo que es considerado derecho en una sociedad particular

este enunciado con entusiasmo. Algunas leyes son completamente injustas, completamente inmorales; el hecho de que las fuentes sociales autorizadas o reconocidas como fuentes de derecho válido declaren o promulguen algo como derecho no implica en modo alguno que sea (ni siquiera que alguien lo considere) moralmente aceptable, ni siquiera que sea relevante a la hora de considerar las responsabilidades morales de alguien (sean verdaderas o correspondan a una concepción convencional o idiosincrásica). Por lo tanto, no hay ninguna relación necesaria entre el derecho y la moral o la responsabilidad moral. La pretensión de que las teorías del derecho natural pasan por alto algunos de los hechos sociales relevantes para el derecho es simplemente, y de manera demostrable, falsa.

De este modo, el enunciado que presuntamente define el positivismo jurídico necesita en gran medida ser aclarado.²⁸ Y, lo que es aún más fundamental, no es posible hacer ninguna aclaración seria sin considerar *ambos* términos de la supuesta disyuntiva: derecho y moral. No es posible afirmar racionalmente que *no* hay relación necesaria, en ningún sentido relevante de “relación” ni de “necesidad”, sin atender de manera crítica y seria a *lo que la moral tiene que decir* respecto del derecho, ya sea en general, ya sea como el derecho de comunidades determinadas. ¿Qué fundamento hay para sostener, dar a entender o permitir que se crea que los abogados, los jueces y otros ciudadanos o sujetos del de-

es considerado derecho en esa sociedad, y *b*) la proposición falsa de que lo que las personas completamente razonables (por ejemplo, los jueces completamente razonables) que reflexionan sobre sus responsabilidades consideran derecho es todo y sólo aquello que otras personas de esa sociedad consideran derecho —falso porque *ser* no implica *deber* (por ejemplo, el deber de la responsabilidad razonable)—; (ii) “un compromiso con la idea de que los fenómenos que comprenden el ámbito en cuestión (por ejemplo, el derecho...) deben ser accesibles a la inteligencia humana”; la teoría clásica del derecho natural participa plenamente en este compromiso en cuanto define la ley natural como los principios accesibles a la inteligencia humana, y la ley positiva como las reglas diseñadas por las inteligencias humanas.

²⁸ Véase Finnis, J., “The Truth...”, *cít.*, pp. 203 y 204.

recho no deben o no necesitan atender —precisamente cuando consideran cómo afecta el derecho a sus responsabilidades como abogados, etcétera— a la pregunta de qué tiene *la moral* que decir sobre el derecho y sobre qué *merece* ser considerado derecho? Y ¿dónde va a encontrar el estudioso del derecho tal atención crítica y seria a la moral en cuanto afecta al derecho, y a la misma idea de derecho, y a los derechos particulares, que no sea en la investigación que, cualquiera sea su etiqueta, se extiende tanto y tan ambiciosamente como la filosofía clásica de la ley natural?

Considérese el siguiente argumento recientemente ofrecido por Jules Coleman y Brian Leiter:

Ahora puede verse el problema de la explicación de la autoridad del jurista iusnaturalista. Porque, una norma, para ser derecho, debe ser exigida por la moral. La moral tiene autoridad, en el sentido de que el hecho de que una norma sea una exigencia de la moral da al agente una razón (quizá superadora) para cumplirla. Si la moral tiene autoridad, y las normas jurídicas son necesariamente morales, entonces el derecho tiene, también, autoridad.

Sin embargo, este argumento de la autoridad del derecho es, en realidad, fatal para él, porque hace a la autoridad del derecho una repetición de la de la moral... si todas las exigencias jurídicas son también exigencias morales (como creería el jurista iusnaturalista) entonces el hecho de que una norma sea una norma de derecho no proporciona a los ciudadanos una razón adicional para la acción. La teoría del derecho natural es, entonces, insuficiente para explicar la autoridad del derecho.²⁹

La crítica que emiten aquí Coleman y Leiter fracasa por completo. Ninguna teoría del derecho iusnaturalista ha pretendido nunca que “una norma, para ser derecho, debe ser exigida por la moral”, ni que “todas las exigencias jurídicas son también” —con independencia de haber sido válidamente puestas como derecho— “exigencias morales”. Los filósofos iusnaturalistas sos-

²⁹ Coleman, J. y Leiter, B., *op. cit.*, p. 244.

tienen que el contenido de una regla jurídica justa y válidamente promulgada, como “está prohibido ir a más de 35 m.p.h por ciudad”, NO es exigido por la moral mientras no sea válidamente establecido por la autoridad jurídica con competencia (con autoridad jurídica) para hacer una regla tal. El elemento central de la filosofía del derecho iusnaturalista es su explicación de cómo la elaboración del derecho “estrictamente positivo” puede crear obligaciones morales que NO existían hasta el momento de la promulgación.

Lamentablemente, el error de Coleman y Leiter, profundo como es, tiene muchos precedentes. Kelsen, en concreto, solía alegar que, según la filosofía del derecho natural, el derecho positivo es una mera “copia” del derecho natural, y “simplemente reproduce el verdadero derecho, de alguna manera ya existente”,³⁰ afirmación que, según se ha demostrado, es una mera caricatura.³¹ Como Coleman y Leiter, Kelsen no citó ningún texto que apoyase su alegación sobre lo que la filosofía del derecho natural dice, porque (como tuvo todas las oportunidades de saber) ninguno podía ser citado.

Como los cincuenta y cinco años de la teoría del derecho de Kelsen ponen perfectamente de manifiesto, los esfuerzos del positivismo por explicar la autoridad del derecho están condenados al fracaso. Porque, como bien dicen Coleman y Leiter, “una autoridad práctica es una persona o una institución cuyas directrices dan a los individuos *una razón para* actuar (en cumplimiento de estos dictados)”³² y, podrían haber añadido, una razón que no es una mera réplica, para cada individuo, de las razones “prudenciales” de su propio interés para actuar de esa manera. Sin embargo, como deberían reconocer (pero no lo hacen), ningún

³⁰ Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, trad. de A. Wedberg, Harvard University Press, 1945.

³¹ Véase Finnis, J., *Natural Law...*, *cit.*, p. 28.

³² Coleman, J. y Leiter, B., *op. cit.*, p. 243 (cursivas añadidas). Por “dictados” entiéndase directriz o prescripción (ley, sentencia judicial, etcétera). Véase Finnis, J., *Aquinas...*, *cit.*, p. 256, nota 4.

hecho o conjunto de hechos, por muy complejo que sea, puede proporcionar por sí mismo una *razón para* actuar, menos aún un “deber” del tipo de los que podrían tener autoridad sobre el interés propio de un individuo (como se dijo, la “autoridad” que no hace más que seguir el rastro del “quiero” del interés propio es redundante para el individuo a quien se dirige e inútil para la comunidad). Ningún *deber* a partir de un mero *ser*. Así, el positivismo, en la medida en que se enorgullece de ocuparse sólo de hechos, no puede ofrecer una comprensión adecuada ni de las razones para la acción (los deberes) ni de la única *f fuente* concebible de estos deberes, es decir, los verdaderos e intrínsecos valores (los bienes humanos básicos y los primeros principios del razonamiento práctico, proposicionales, que nos dirigen hacia esos bienes como algo-que-ha-de-procurarse, y señalan a lo que les perjudica como algo que ha-de-evitarse).

V

La incoherencia del positivismo jurídico —su incapacidad, inherente y auto-impuesta para llevar a cabo la tarea explicativa que se propone— resulta muy bien ilustrada por el esfuerzo de Coleman y Leiter por explicar “la autoridad de la regla de reconocimiento”.³³ Dado que introducen su explicación con la observación de que “todos reconocemos casos de leyes vinculantes que son moralmente censurables (por ejemplo, las leyes que respaldaban el *apartheid* en Sudáfrica)”,³⁴ podemos examinar convenientemente sus explicaciones de esta obligatoriedad, de esta condición autoritativa, preguntando cómo podrían figurar tales explicaciones en las deliberaciones de un funcionario (digamos, Nelson Mandela en la década de los cincuenta) en Sudáfrica en aquellos días. El joven Mandela (imaginemos) pregunta a Coleman y Leiter por qué la regla de reconocimiento sudafricana, que sabe que es el contenido

³³ Coleman, J. y Leiter, B., *op. cit.*, p. 248.

³⁴ *Ibidem*, p. 243.

proposicional de las actitudes que acompañan y respaldan el hecho sustancial de la concurrencia del comportamiento oficial en Sudáfrica, le da una razón para la acción de un tipo tal que pueda, razonablemente, juzgar como autoritativa. ¿Cómo, pregunta, puede este hecho de la concurrencia del comportamiento oficial hacer que el derecho sea no simplemente *aceptado como* jurídicamente autoritativo, sino realmente *autoritativo como derecho* para él y para cualquier otra persona que reconozca su injusticia?

La explicación de Coleman y Leiter es la siguiente: (1) a menudo, tu propio interés te exige coordinar tu comportamiento con el de estos funcionarios y otras personas que, de hecho, están actuando al igual que ellos (pero Mandela está preguntando por directrices autoritativas, no por las orientaciones del interés propio. El interés propio exige la cooperación con los gánsters locales, pero sus indicaciones no son autoritativas); (2) además, en caso de que creas que aquellos funcionarios están intentando hacer lo que exige la moral, tienes una razón para seguir su ejemplo (Mandela no lo creerá, y con razón); (3) puedes “creer que la regla de reconocimiento proporciona algo así como los criterios correctos para estimar la validez de las normas subordinadas a esta regla”³⁵ (Mandela, con razón, no lo cree); (4) “[A]l margen de [tus] opiniones relativas a los méritos sustantivos de la regla de reconocimiento en sí misma, la evitación de la confusión y el caos, así como las condiciones de la estabilidad liberal[,] exigen la coordinación entre los funcionarios”³⁶.

Aquí, por fin, en el punto (4), Coleman y Leiter ofrecen una razón del tipo relevante, una razón sobre la que podría debatirse racionalmente, confrontándola con razones del mismo tipo. La exigencia que se afirma en la frase citada va mucho más allá del “hecho de la concurrencia del comportamiento”; reconoce importantes valoraciones relativas al orden, la paz y la justicia (al “liberalismo”); en realidad, no es sino una exigencia moral. Es *po-*

³⁵ *Ibidem*, p. 248.

³⁶ *Idem*.

sible explicar la condición autoritativa del derecho sólo si se reconoce que la “tesis de la posibilidad de separación” confunde tesis defendibles e indefendibles, y si se abandona, como el error que es, la interpretación o versión “positivista” que Coleman y Leiter apoyan. En la filosofía del derecho hay un nombre para la teoría del derecho que se compromete a identificar y debatir, abierta y críticamente, los principios y exigencias morales que responden a las peticiones de *las personas que deliberan* de que se les muestre por qué una norma jurídica, válidamente promulgada, es obligatoria y autoritativa *para ellos* precisamente como derecho: este nombre es (para bien y para mal) el de “teoría del derecho natural”.

Coleman y Leiter podrían replicar que estoy confundiendo la autoridad jurídica con la moral. Pero este tipo de réplica se apoya en la idea equivocada, ya discutida, de que el derecho positivo, tal y como lo entiende la teoría del derecho natural, no añade nada a las exigencias morales pre-existentes. Una vez que reconocemos que muchas exigencias jurídicas (¡no todas!) no serían exigencias morales de no haber sido jurídicamente creadas según los propios criterios de validez jurídica del derecho, podemos ver con facilidad el sentido que tiene decir que la condición de autoritativo del derecho, en el sentido focal de “autoritativo”, no es otra cosa que su condición moral de autoritativo. Repitémoslo: la mayoría de nuestras leyes no tendrían autoridad moral de no ser leyes positivas, jurídicamente válidas. Así que su autoridad moral es también verdadera autoridad *jurídica*. Las leyes que, por su injusticia, carecen de la condición moral de autoritativas, no son jurídicamente autoritativas en el sentido focal de “autoritativo”. Su “autoridad” es, en último término, nada más que la “autoridad” de la banda de malhechores, de la gente con poder que puede *obligar* a cumplir su voluntad so pena de desagradables consecuencias, pero que no puede crear lo que cualquier persona que se respete a sí misma consideraría una auténtica obligación.

La estrategia fundamental de la teoría del derecho natural para explicar la autoridad del derecho apunta a la infra-determinación (muy lejos de la pura indeterminación) de la mayoría,

si es que no de todas, las exigencias de la razón práctica en el ámbito de la auto-determinación trascendente (no simplemente tecnológica) de las personas y las sociedades. En realidad, cuanto mejores y más inteligentes sean las personas, más esquemas de coordinación social (incluyendo siempre la coordinación “negativa” de la mutua tolerancia) a nivel político —propiedad, moneda, defensa, procedimiento jurídico, etcétera—, buenos pero incompatibles (que no pueden coexistir), propondrán. Así, al ser prácticamente inalcanzable la unanimidad respecto de los méritos de esquemas particulares, pero ser necesaria para el bien común (la justicia, la paz y el bienestar) la coordinación según *algún* o *algunos* esquemas, estas buenas personas tienen razón suficiente para reconocer la autoridad, esto es, un procedimiento aceptado y aceptable para elegir esquemas de coordinación particulares con los que, una vez así elegidos, cada miembro razonable de la comunidad está moralmente obligado a cooperar *precisamente porque han sido elegidos* —es decir, precisamente como *jurídicamente* obligatorios para la conciencia moralmente correcta—.

Este es el origen de la independencia material y la perentoriedad que Hart, con toda razón, reconocía en su obra tardía como características de las razones jurídicas para la acción, y como la esencia de su condición autoritativa.³⁷ Y, como muestra la explicación, esta independencia material y esta perentoriedad no son incondicionales ni sin excepción. Un grado suficiente de injusticia material negará la perentoriedad —en-conciencia—. Con el debido respeto a Coleman y Leiter, las leyes de Sudáfrica, o algunas de ellas, no eran vinculantes, a pesar de que comúnmente se las *considerase y tratase e impusiese* como vinculantes.

El positivismo, coherentemente, no llega nunca más que a informar de las actitudes y de la concurrencia del comportamiento (puede que de las actitudes sofisticadas y articuladas que constituyen el conjunto de reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación). No tiene nada que decir a los funcionarios o a los

³⁷ Véase Hart, H. L. A., *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 243-268.

ciudadanos particulares que quieren juzgar si, cuándo y por qué, la autoridad y la obligatoriedad *pretendidas e impuestas* por aquellos que están *actuando como* funcionarios de un sistema jurídico y por sus directrices son de verdad *razones autoritativas* para su propia acción en conciencia. El positivismo no hace más que repetir (1) lo que cualquier abogado competente —incluyendo todos los partidarios de la teoría del derecho natural jurídicamente competentes— diría que son (o que no son) leyes intra-sistemáticamente válidas, que imponen “exigencias jurídicas”, y (2) lo que cualquier prudente observador de la calle advertiría que son las consecuencias probables del incumplimiento. No puede explicar la condición autoritativa, para la conciencia (el juicio racional último) de un funcionario o de un ciudadano particular, de estas supuestas e impuestas exigencias, ni de su carencia de tal autoridad cuando son radicalmente injustas. El positivismo es, en último análisis, redundante.

A pesar de toda su sofisticación, el positivismo contemporáneo no puede superar la postura adoptada por Austin en su brutal explicación de la condición autoritativa de las leyes inicuas: si digo que las leyes gravemente contrarias a la moral no son vinculantes, “el tribunal de justicia demostrará la falta de carácter convincente de mi razonamiento colgándome, en aplicación de la ley cuya validez he impugnado”.³⁸ Lo que es más importante es que la explicación de Austin es absurdamente *irrelevante* para las preguntas más serias que podrían plantearse acerca de la autoridad del derecho, a ninguna de las cuales responde.

³⁸ Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined* (ed. de H. L. A. Hart), New York, Noonday Press, 1954, 1832. Véase, también, Finnis, J., *Aquinas...*, *cit.*, p. 355.