
S O B R E E L P O S I T I V I S M O
J U R Í D I C O

¿POR QUÉ SER POSITIVISTA?

Liborio L. Hierro

Universidad Autónoma de Madrid

1. ¿Observadores o participantes?

La distinción, introducida por Hart, entre el punto de vista externo (o del observador) y el punto de vista interno (o del participante) ha resultado una distinción central para plantear los problemas relativos al conocimiento del Derecho y, particularmente, el del significado de la categoría de “validez” que los enunciados sobre el Derecho habitualmente utilizan. La distinción ha generado una ingente literatura.¹ No pretendo ahora analizar todos esos problemas y mucho menos la debatida cuestión erudita de interpretar lo que Hart quiso decir. Me parece, sin embargo, que la distinción tiene para la Filosofía del Derecho un alcance que trasciende aquellos problemas en torno a los que inicialmente se planteó, pues sirve para enmarcar cuál es el punto de vista que el filósofo del Derecho asume (o debe asumir) tanto cuando hace teoría de la ciencia jurídica, como cuando hace teoría general del Derecho o cuando hace teoría de la justicia.²

Me limitaré, pues, a analizar cuatro dobles cuestiones que la distinción permite plantear y que me parece necesario resolver para comprender en qué consisten las denominadas “ciencias jurídicas”, de un lado; en qué consiste la “teoría del Derecho” (o “teoría general del Derecho”), de otro; y en qué consiste, finalmente, la teoría de la justificación del Derecho. Las cuestiones son las siguientes: (1) ¿quién es un observador y quién es un participante?

¹ Limitándome a la literatura más cercana y de la que, en gran medida, voy a hacer uso explícito o implícito a continuación: Juan Carlos Bayón 1996, *Partecipanti, osservatori, e identificazione del diritto*; Eugenio Bulygin 1998, *Sobre observadores y participantes*; Albert Calsamiglia 1997, *Teoría del participante versus teoría general del Derecho*; Ernesto Garzón Valdés 1990, *Algo más acerca de la relación entre derecho y moral*; Riccardo Guastini 1999, *Conocimiento sin aceptación*; Francisco J. Laporta 1990, *Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista*; Carlos S. Nino 1994, *Derecho, moral y política*; Alfonso Ruiz Miguel 1997, *Derecho y punto de vista moral*.

² Estoy asumiendo, como es obvio, la tesis de Bobbio sobre las tareas de la filosofía del Derecho (Bobbio 1980, p. 98 y 99).

(2) ¿quién hace ciencia del Derecho, un observador o un participante, y a quién se dirige la ciencia del Derecho, a observadores o a participantes? (3) ¿quién hace teoría del Derecho, un observador o un participante, y a quién se dirige la teoría del Derecho, a observadores o a participantes? (4) ¿quién hace “teoría de la justicia”, un observador o un participante, y a quién se dirige la “teoría de la justicia”, a observadores o a participantes?

1.1. *¿Quién es un observador y quién es un participante?*

La distinción de Hart se apoya en que existe un punto de vista externo a los sistemas de normas y, por tanto, a los sistemas jurídicos que se limita a describir que el sistema existe, o que esta o aquella norma existe en el sistema e incluso que, conforme a las normas del sistema, tal conducta está prohibida, o es obligatoria o está permitida, pero que no utiliza las normas para establecer afirmaciones genuinas sobre lo que debe o no debe hacerse (digamos: que sólo menciona las normas del sistema, pero no las usa). En palabras de Hart:

“Esta actitud de aceptación compartida de reglas debe ser contrapuesta a la de un observador que registra ab extra el hecho de que un grupo social acepta tales reglas, sin aceptarlas por su parte. La expresión natural de este punto de vista externo no es “It is the law that...” (“El derecho dispone que...”), sino “En Inglaterra reconocen como derecho... cualquier cosa sancionada por la Reina en el Parlamento...” ... Denominaremos a la segunda forma de expresión un enunciado externo, porque es el lenguaje natural de un observador externo del sistema que, sin aceptar su regla de reconocimiento, enuncia el hecho de que otros la aceptan.” (Hart 1977, p. 128).

No hay dificultad alguna en adscribir este punto de vista externo a un historiador que constata que existió el Derecho clásico romano y que, conforme al Derecho clásico romano, “distingúanse los hombres libres en ciudadanos y peregrinos (*cives* y *non cives*)” (Serafini 1927, p. 165); no parece haber dificultad, tampoco, en adscribir similar punto de vista al antropólogo que describe el orden normativo seguido en una determinada tribu y afirma que, conforme a él, “si una persona ha ingerido comida del jefe entonces está tû-tû” (Ross 1961, p. 11); tampoco, quizá, al sociólogo que constata que en la ciudad de Madrid está legalmente prohibido aparcar en doble fila y que la mayor parte de la gente aparca continuamente en doble fila. Ha de advertirse, sin embargo, que para hacer cualquiera de las tres afirmaciones no basta una mera observación –directa o por referencias- a la conducta de los miembros de esos grupos sociales, sino que se requiere algo más, esto es: comprender el sentido que ellos atribuyen a ciertas pautas tradicionales o a ciertos actos de la autoridad. Un observador absolutamente externo -un marciano observando la tierra- podría afirmar que “cuando se enciende una luz roja los terrestres se paran y se tocan la nariz”, del mismo modo que un

observador absolutamente ignorante podría afirmar que “el ajedrez es un juego que nunca se empieza moviendo la ficha con forma de torre ni la ficha con forma de peón que está colocada en un extremo”. Ni el marciano ni el ignorante pueden distinguir lo que se hace porque es obligatorio y lo que no se hace porque está prohibido de lo que se hace o no se hace por rutina o por conveniencia. La diferencia entre el marciano y el ignorante, de un lado, y el romanista, el antropólogo y el sociólogo, de otro, es que éstos últimos no tienen un punto de vista absolutamente externo a esas prácticas sociales sino que están lo suficientemente cerca de ellas como para interpretar los hechos de acuerdo con los sentidos que los sujetos de esas prácticas les atribuyen. Como señala MacCormick:

“Mediante la observación, descubrimos que el 99 % de los conductores paran los coches frente a los semáforos rojos. Al mismo tiempo, las mismas observaciones revelan que el 95 % de los conductores conectan la radio cuando se paran frente a los semáforos. Nos encontramos con dos hábitos – un hábito de detener el coche y un hábito de poner la radio. Sin embargo, como todos sabemos, sólo nos encontramos con una regla. Es una regla que uno debe pararse ante un semáforo rojo. No es una regla que uno deba conectar la radio cuando se para frente a un semáforo. ¿Cómo sabemos que hay una regla en un caso y no en el otro, y cómo podemos explicarlo? No mediante la mera observación externa estadística. Lo sabemos porque nosotros mismos somos participantes en las prácticas sociales relevantes, y no marcianos.” (MacCormick 1986, p. 130).

Lo que parece claro es que, efectivamente, el único tipo de observación que puede explicar el sentido de las prácticas sociales, trátase de juicios o normas morales, juicios o normas estéticas o juicios de valor o normas del tipo que fueren, es una observación que “comprende” lo que quieren decir quienes las usan, aunque el observador se limite a mencionarlas y no a usarlas él mismo. Ello exige, como MacCormick sostiene luego, que un observador teórico ha de practicar una cierta hermenéutica. No creo, sin embargo, que haya que concluir –como parece concluir MacCormick– que el observador sea él mismo un participante, sino simplemente que utiliza las categorías del participante. No hace falta que Serafini crea que el Derecho romano clásico le obliga actualmente a él o a alguien, basta con que Serafini comprenda y exprese lo que el Derecho romano significaba para los juristas y para los ciudadanos romanos, como basta que el antropólogo comprenda lo que “*estar tû-tû*” significa para los magos y para los miembros de la tribu o que el sociólogo comprenda lo que significa para el alcalde, para los agentes de tráfico y para los madrileños que “está prohibido aparcar en doble fila”. Aunque varias veces he visto en televisión, y he tratado de comprender, el juego del fútbol americano, mi capacidad de explicarlo es nula porque desconozco las reglas que jugadores, árbitros y público ponen en práctica; mi posibilidad de descripción se limita, como la del marciano, a relatar una

constante serie de idas y venidas en grupo con ciertas dispersiones, frecuentes encontronazos físicos y repentinos reagrupamientos, algo parecido a lo que hace la gente que huye de una catástrofe. Resulta evidente que mi descripción, aunque tratase de extenderla con más detalle, no comprende ni explica el juego del fútbol americano y ello es por la simple razón de que desconozco lo que ellos consideran reglas del juego. La conclusión parece obvia: un observador del Derecho (quiero decir: de un sistema jurídico) capaz de explicar su sentido no es un observador absolutamente externo, sino un observador cualificado para comprenderlo, un hermeneuta.

Respecto a la segunda parte de la cuestión, lo mejor será, para empezar, utilizar nuevamente las palabras de Hart:

“Quizás la forma más simple es la expresión *“It is the law that...”* (*“El derecho dispone que...”*) que podemos hallar en boca no sólo de los jueces sino de los hombres comunes que viven bajo un sistema jurídico, cuando identifican una determinada regla del sistema. Tal expresión, como: “Saque lateral” o “Gol”, es el lenguaje de una persona que aprecia una situación por referencia a reglas que, conjuntamente con otras personas, aquélla reconoce como apropiadas para ese propósito. (...) Denominaremos a la primera forma de expresión un enunciado interno, porque manifiesta el punto de vista interno y es usada con naturalidad por quien, aceptando la regla de reconocimiento y sin enunciar el hecho de que ella es aceptada, la aplica al reconocer como válida alguna regla particular del sistema.” (Hart 1977, p. 128)

Tampoco resulta problemático adscribir este punto de vista interno al árbitro que hace sonar su silbato para señalar que un jugador ha cometido una entrada ilegal, lo que implica que acepta y aplica la regla que configura como ilegal esa determinada acción, lo que a su vez implica que acepta y aplica la regla que establece que las reglas de ese juego las fija, por ejemplo, el Comité Directivo de la Federación Internacional de Este Juego (FIEJ), lo que a su vez implica que acepta y aplica la regla estatutaria de la FIEJ que autoriza a la Asamblea General de la FIEJ a delegar en el Comité Directivo el establecimiento de las reglas del juego, y así sucesivamente. Lo mismo cabe decir, sin problemas, de los jugadores y, con toda probabilidad, de los aficionados que ocupan las gradas y que, a lo sumo, criticarán la decisión del árbitro si entienden que no ha sido conforme con la regla aplicable. Es de señalar, aunque parezca una obviedad, que si un aficionado sostiene que todas estas reglas son peregrinas y que lo mejor es que los jugadores hagan lo que quieran y que el árbitro se calle, cualquier otro le señalará como un ignorante, un loco o, lo que es peor, un infiltrado. Ello ocurre porque, como es obvio, los árbitros, los jugadores y los aficionados de Este Juego se caracterizan, todos ellos, por aceptar las reglas del juego. Del mismo modo un participante en el Derecho es quien utiliza las normas jurídicas, lo que implica una serie semejante de aceptaciones (que son jurí-

dicar las normas que –por ejemplo– se publican en el BOE, lo que implica aceptar que es jurídica la ley que dice que las normas entran en vigor a los veinte días de publicarse en el BOE, etc. etc.) para reconocer la existencia de una regla particular o la conformidad o disconformidad de una acción con una cierta regla particular (“este testamento no vale”, “tú estás obligado a indemnizar”, etc.).

Lo peculiar del participante en el Derecho, frente al participante en un juego cualquiera, es algo que, aunque parecería obvio, pocas veces ha sido tan claramente puesto de relieve como lo ha hecho Philip Soper:

“Existe una muy buena explicación para la desconfianza de los teóricos del derecho, respecto a sustentar el elemento normativo observado en el derecho, en una directa analogía a las bases normativas de un juego, pero es una explicación que arriesga el éxito de todo el proyecto teórico. De manera diversa a los jugadores de un juego, y a los miembros de un club, *un funcionario de un sistema jurídico debe jugar con reglas que se aplican a los que no son miembros y a los que no son jugadores.*” (Soper 1993, p. 77, *cursiva mía*)³

En efecto, la peculiaridad del participante en un sistema jurídico es que su participación, su utilización compartida de reglas, no tiene por qué corresponderse con una aceptación voluntaria. Cuando un español laico en el año 1968 afirmase: “el Derecho dispone que no está permitido el divorcio” o, más breve y plausiblemente, “aquí no está permitido el divorcio”, estaría apreciando una situación por referencia a reglas que, conjuntamente con otras personas, reconocía como vigentes aunque en absoluto como apropiadas a ningún propósito que él, y otros muchos españoles laicos, compartiesen; y estaría haciendo un enunciado interno, al usar con naturalidad esa forma de expresión, utilizando una regla de reconocimiento que moralmente no aceptaba y sin enunciar el hecho de que moralmente no la aceptaba, pero que no le quedaba más remedio que aplicar al reconocer la validez de una norma particular del sistema (la que prohibía el divorcio). Este participante satisface el requisito de Hart de que, al hacer un enunciado interno, presupone la verdad del enunciado fáctico externo de que el sistema es generalmente eficaz, pero es dudoso que, al hacerlo así, tenga que reconocer que la regla de reconocimiento es apropiada. Le basta, como al observador, enunciar – o dar por supuesto – que algunos otros la aceptan (principalmente aquellos que de hecho ostentan el poder). Por supuesto, el español nacionalcatólico de la época, además de coincidir con el laico

³ En parecido sentido afirma Laporta (1990, p. 133): “Al fin y al cabo, aunque todo el mundo viva en el seno de algún ordenamiento jurídico, la mayoría lo hace en el papel de sujeto paciente o, lo que es lo mismo, de mero observador extraño que sufre o disfruta como destinatario la regulación jurídica en cuestión”. Un observador que sufre o disfruta - diría yo - es alguien que, de algún modo aunque sea involuntario, participa o se-ve-obligado-a-participar.

en que “aquí no está permitido el divorcio”, podía usar con naturalidad esa forma de expresión, utilizando una regla de reconocimiento que moralmente le entusiasmaba y sin enunciar el hecho de que moralmente le entusiasmaba. Pero lo que afirmaba sobre el divorcio era exactamente lo mismo que el laico⁴.

La conclusión más relevante de la respuesta a esta segunda cuestión es, según creo, la siguiente: el participante es, para el Derecho⁵, todo aquél que queda sometido a sus normas sin que se requiera, para ser participante, ningún grado de aceptación o reconocimiento distinto a la mera constatación, por lo general fácilmente perceptible, de que “ese” es el Derecho vigente. Lo que significa que entre el observador externo comprensivo (hermeneuta) y el que se ve obligado a participar en un sistema jurídico –aunque moralmente le resulte repudiable– no hay una gran diferencia; y que tampoco la hay entre este participante-no-aceptante y el participante-entusiasta por cuanto se refiere a identificar las normas que son válidas según las reglas de reconocimiento vigentes y los actos que son válidos o inválidos, lícitos o ilícitos, según las normas válidas.

1.2. ¿Quién hace ciencia del Derecho, un observador o un participante, y a quién se dirige la ciencia del Derecho, a observadores o a participantes?

La gran tentación contemporánea de quienes se ocupan de estudiar el Derecho positivo es identificarse como “científicos”. El debate sobre la ciencia del Derecho es tan antiguo como ella misma y no me ocuparé ahora de él. Lo que ahora quiero constatar es que el denominado “científico del Derecho”, aquél que cultiva el Derecho Civil, el Derecho Mercantil, el Derecho Penal, el Derecho Laboral, etc., no se parece en casi nada al romanista, al antropólogo ni al sociólogo; por el contrario se parece, y mucho, al que cultiva la “teoría del ajedrez”. Todos los libros que conozco sobre teoría del ajedrez son libros que enseñan, mejor o peor, a jugar al ajedrez. Son libros normal-

⁴ Coincido, por tanto, con Laporta (1990, pp. 134-135): “Me parece que sobre la *verdad* del enunciado “La norma A es derecho válido en el sistema X”, entre el punto de vista de un observador mínimamente informado y el del identificado con el sistema *tiene* que haber coincidencia porque su posición es irrelevante *a efectos cognitivos*.”

⁵ La tesis que aquí sostengo en relación con el Derecho es, por lo demás, perfectamente aplicable a cualquier orden normativo del que se pueda predicar la vigencia (esto es: el hecho de que, con cierto grado de efectividad o con la satisfacción de determinados requisitos formales, un grupo “reconoce” la obligatoriedad de sus reglas). El que alguien no acepte los dictados de la moda, y de hecho no los siga, no le incapacita para utilizar las reglas de la moda vigentes en un grupo a la hora de apreciar una situación por referencia a ellas (no hay ninguna autocontradicción en decir, por ejemplo: “No vas bien vestido de acuerdo con esta absurda moda”).

mente escritos por jugadores de ajedrez que no se limitan a describir las reglas constitutivas del juego del ajedrez, ni lo que los jugadores de ajedrez entienden por jugar al ajedrez, ni siquiera sólo lo que los grandes jugadores de ajedrez entienden que ha de hacerse para jugar bien al ajedrez, sino lo que el autor mismo entiende que hay que hacer para jugar bien al ajedrez; es decir, cómo aplicar las reglas constitutivas del juego para ganar. Los libros de teoría del ajedrez contienen las reglas constitutivas del juego (que son pocas y sencillas) y las reglas técnicas para jugar bien (que son muchas y muy complicadas). Del mismo modo, todos los libros que conozco de “ciencia del Derecho” satisfacen el punto de vista interno de Hart, es decir: contienen enunciados internos usados con naturalidad por quienes, aceptando (o, quizá, sólo utilizando) la regla de reconocimiento y sin enunciar el hecho de que ella es aceptada (o, quizá, sólo utilizada), la aplican para reconocer como válidas unas y otras reglas particulares del sistema, combinarlas, sistematizarlas, resolver sus contradicciones, rellenar sus lagunas, y aplicarlas a su vez para calificar como válidas o inválidas, lícitas o ilícitas, las posibles acciones u omisiones de los ciudadanos (prescindiendo de que se trate de ciudadanos-participantes-entusiastas o de ciudadanos-participantes-no-aceptantes) o para establecer las consecuencias que sobre ellos “deben” derivarse, sea a favor sea en contra, de los hechos que les suceden o de las acciones que realizan. No conozco ningún jurista científico que pretenda simplemente estar describiendo lo que en “su tribu” entienden por Derecho.

Parece una evidencia, casi innecesaria de recordar, que lo que todo el mundo llama hoy “ciencias del Derecho”, “jurisprudencia analítica” (en los países anglosajones) o “doctrina jurídica” es algo que hacen los juristas “científicos” y que ellos son participantes en sentido hartiano y se comportan como tales aunque, a veces, pretendan disimularlo bajo el velo de la “ciencia”. Cuestión distinta es que su trabajo incluya muchos enunciados observacionales, pero de eso me ocuparé más adelante.

¿A quién se dirige la ciencia del Derecho, a observadores o a participantes? Me parece extraordinariamente clarificador y original, el planteamiento con el que Philip Soper inicia su libro *Una teoría del Derecho* (Soper 1993) que consiste en preguntarse a quién se dirige la teoría del Derecho (*El problema de la motivación*, ibídem, pp. 14-24). No discutiré ahora, sino más adelante, sus tesis sobre la teoría del Derecho pero aplicaré la cuestión a la ciencia jurídica. Parafraseándole, la pregunta sería: ¿qué podría motivar a una persona inteligente a la exploración de la “masa de literatura pseudocientífica” que existe – pongamos por caso – sobre qué es la competencia desleal o a qué supuestos se extiende la responsabilidad de los administradores? La respuesta parece, en este caso, bastante sencilla. La respuesta

a la pregunta es que esa masa de literatura interesa al juez que tiene que decidir una demanda sobre competencia desleal o sobre responsabilidad de los administradores, al abogado que previamente la ha tenido que preparar o contestar y al profesor que tiene que explicar a sus alumnos la competencia desleal o la responsabilidad de los administradores; y a todos ellos les interesa “según el Derecho del país”; del mismo modo que interesa al comerciante al que han demandado o amenazado con demandar o que, simplemente, quiere prevenirse frente a eventuales demandas o al administrador de una sociedad que se enfrenta a una escurridiza propuesta de inversión. También, eventualmente, le interesa al legislador que quiere –pongamos por caso- modificar la creciente irresponsabilidad de los administradores o, por el contrario, aligerar las cárceles de administradores irresponsables; moralizar la competencia o, por el contrario, culminar un ideal desregularizador. Todos ellos son participantes, se comportan como tales y, sea cual sea el grado de entusiasmo que les provoquen las normas sobre competencia desleal o sobre responsabilidad de los administradores e incluso la propia constitución del país, saben que no les queda más remedio que cumplir las normas o atenerse a las eventuales consecuencias (sólo en el caso del legislador se incluye el remedio de modificarlas, pero eso también se hace “desde dentro”).

Desde luego, los libros de ciencia jurídica –en el sentido convencional del término, que vengo utilizando– no se escriben para los historiadores, ni para los antropólogos, ni para los sociólogos, aunque todos ellos puedan en algún momento servirse de ellos para comprender el sentido de alguna norma o práctica jurídica. Ni siquiera se escriben para los extranjeros y muy raro resultaría que –excepción hecha de los cultivadores científicos, profesionales u ocasionales, del “Derecho comparado”– un juez, un abogado o un comerciante español se interese profesionalmente en estudiar la responsabilidad de los administradores en el sistema jurídico camboyano, salvo que ocasionalmente tenga que “participar” en él. La ciencia jurídica interesa, en efecto, a los participantes, principalmente a los participantes profesionales que son los juristas prácticos y a ellos, principalmente, se dirige.

1.3. ¿Quién hace teoría del Derecho, un observador o un participante, y a quién se dirige la teoría del Derecho, a observadores o a participantes?

Si la “teoría del Derecho” se entiende como “teoría general del Derecho”, en el sentido en que la entendió Adolf Merkel como “el estudio de los principios y nociones comunes a las diversas ramas de un ordenamiento jurídico” (Hernández Marín 1989, p. 31), la “teoría del Derecho” no es más que la parte general de las ciencias jurídicas particulares y, por ello, puede

aplicarse a ella lo dicho en este aspecto sobre la ciencia jurídica. Si, por el contrario, la “teoría del Derecho” se entiende en el sentido en que la entendió Bobbio como “comprensión del ordenamiento jurídico en su conjunto” (Bobbio 1980, p. 98), lo que se corresponde más con su incardinación en la Filosofía del Derecho, parece que el punto de vista podría ser distinto, más típico del observador. Sin embargo, cuando Bobbio desarrolla el programa de la teoría del Derecho, así entendida, incluye seis temas: la teoría de la norma, la teoría de las fuentes, la unidad, la plenitud, la coherencia y las relaciones entre ordenamientos. El estudio de la unidad incluye el de *la validez y la norma fundamental*, el estudio de la plenitud incluye las lagunas y *su integración*, y, finalmente, el estudio de la coherencia incluye las antinomias y *su eliminación*. Aun cuando es dudoso que se pueda construir una teoría de las fuentes que no esté fuertemente contaminada por un punto de vista ideológico-jurídico (como señaló en su momento Ross) y aun cuando es dudoso que se pueda construir una teoría de la validez y la norma fundamental que no adopte –aunque sea sólo como escenario– un punto de vista interno (¿de qué otro modo, si no, se puede sostener que el Derecho catalán es una parte del Derecho español y no un ordenamiento jurídico independiente?), parece todavía más claro que cuando Bobbio incluye en su programa la integración de las lagunas y la eliminación de las contradicciones, está asumiendo que una “teoría del Derecho” que sirva para algo ha de ser una teoría comprometida con un cierto modelo de ordenamiento jurídico (en este caso, el modelo denominado por él mismo “positivista” que asume la unidad, plenitud y coherencia del ordenamiento). Sin duda que todo este programa puede llevarse a cabo con un planteamiento meramente descriptivo que, antes de hacer cualquier aserción, explicite: “De acuerdo con la regla de reconocimiento hoy vigente en el Reino Unido, las fuentes del Derecho británico son...”, “los juristas españoles actuales aceptan unánimemente que una norma posterior especial no deroga...”, “la práctica social seguida unánimemente por los jueces daneses es que la analogía...”. Pero la cuestión es que, por alguna razón que probablemente no es trivial, los libros de teoría del Derecho no suelen estar escritos así, sino que –del mismo modo que los libros de ajedrez– usan con la mayor naturalidad conceptos institucionales o normativos propios de los sistemas jurídicos actuales para reconstruir los modos habituales de derogación tácita (por ejemplo, “*lex posterior derogat...*”), el principio de jerarquía normativa, los requisitos de la analogía, etc. Y la razón es, sin duda, que los que hacen teoría del Derecho la hacen con el propósito de plantear adecuadamente y resolver correctamente los problemas más generales que ocupan a los científicos del Derecho y a los juristas profesionales, es decir a participantes y, por ello, adoptan en general el punto de vista de un participante.⁶

La cuestión de “¿a quién se dirige la teoría del Derecho, a observadores o a participantes?” ha quedado resuelta -como solían decir los escolásticos- al final de la discusión anterior. Por repetirlo brevemente: la teoría del Derecho, sea en un sentido restringido como “teoría general” de un ordenamiento jurídico determinado, sea en un sentido más amplio como “teoría” abstracta aplicable a cualquier ordenamiento jurídico, se dirige básicamente a los juristas científicos y, en cierta medida, a los juristas profesionales, es decir: a participantes.

Se podrá objetar que hay temas típicos de la teoría del Derecho -como el concepto de Derecho, la relación entre el Derecho y las reglas sociales, la relación entre el Derecho y la moral, la relación entre el Derecho y la fuerza, etc.- que interesan también, y quizás más, a los filósofos y científicos sociales y a los filósofos morales que a los juristas de cualquier clase. Cabe aceptar la objeción, aunque para señalar a renglón seguido que esos temas -pese a su relevancia y a su arraigada tradición como temas filosóficos- suelen constituir sólo el necesario encabezamiento para integrar en un teoría explicativa las cuestiones, en parte ya citadas, relativas a la estructura de los sistemas jurídicos, la tipología de las normas jurídicas, las fuentes de las normas jurídicas, la dinámica de los sistemas jurídicos, la unidad, la coherencia y la plenitud, la interpretación, la aplicación, los conceptos jurídicos fundamentales, etc. Cuestiones, todas éstas, que interesan primordialmente al jurista, científico o práctico, y escasamente al filósofo o al científico social.

⁶ Uberto Scarpelli se atrevió a defender abiertamente una concepción “política” del positivismo jurídico (del positivismo como “teoría del Derecho”, en uno de los sentidos distinguidos por Bobbio). Paradójicamente, pero no inexplicablemente, su enfoque ha sido poco apreciado por los juristas positivistas; con toda probabilidad -como ha apuntado Mario Jori- porque “la defensa “política” que hace Scarpelli de la jurisprudencia cognitiva debe de haberle parecido al jurista positivo peor que cualquier ataque; una teoría que amenaza las bases mismas de la objetividad del derecho positivo y de la jurisprudencia” (Jori 2001, p. 39). Aunque el planteamiento de Scarpelli pueda ser susceptible de la crítica de que mantiene una consideración estrictamente empirista de la ciencia, a mí me sigue pareciendo tan brillante como acertada su tesis última que, nuevamente en palabras de Jori, podría resumirse así: “la jurisprudencia moderna de índole iuspositivista no es una ciencia, y es bueno que no lo sea” (ibidem, p. 42). Debo a Juan Ruiz Manero el haberme llamado la atención sobre la pertinencia de recordar la tesis de Scarpelli que, efectivamente, tenemos con frecuencia injustamente olvidada.

1.4. *¿Quién hace teoría de la justicia, un observador o un participante, y a quién se dirige la teoría de la justicia, a observadores o a participantes?*

Aquí la cuestión cambia sustancialmente. No entiendo a estos efectos por “teoría de la justicia” lo que se ha denominado ética descriptiva, esto es la descripción antropológica o sociológica de los valores que en un grupo social en un momento determinado se asumen como justos, ni la de los que un ordenamiento jurídico determinado ha legalizado (lo que Elías Díaz [1971, p. 63] llama “legitimidad legalizada”). Entenderé la “teoría de la justicia” como una parte de la ética normativa, lo que Hudson llama un “discurso moral de primer orden... la reflexión, argumentación o discusión de lo que es moralmente acertado o equivocado, bueno o malo” (Hudson 1974, pp. 17-18).⁷ Indudablemente la reflexión, argumentación o discusión sobre lo que es justo o injusto tiene por objeto principal, si no exclusivo, a las normas jurídicas; es, en este sentido, un segmento, el principal, de la ética pública.⁸ La teoría de la justicia implica un punto de vista moral interno y un punto de vista jurídico externo pero peculiar. El primero porque al no limitarse a describir lo que la gente considera que es justo (o lo que hace cuando habla de lo que es justo), sino a establecer lo que es justo, la teoría de la justicia implica la asunción de un punto de vista moral que uno acepta como plausible y a partir del cual desarrolla su reflexión o argumentación. Incluso el positivista ético asume un punto de vista moral cuando afirma que es justo lo que la mayoría, o el grupo o la tradición cultural, considera justo. Sólo un absoluto nihilista ético puede afirmar que, sea lo que sea lo que los demás consideren justo, no existe criterio alguno para afirmar que algo es o no es justo; pero el nihilista no puede hacer afirmaciones de ética normativa sin caer en contradicción. En este sentido el razonamiento moral normativo es siempre interno a un cierto punto de vista moral.

Pero la teoría de la justicia implica al mismo tiempo un punto de vista jurídico externo pero peculiar. Es externo porque al tratar de establecer los valores a los que un ordenamiento jurídico (o cualquier sector de él) debe atenerse, los ideales que debe realizar, tiene que prescindir necesariamente de cuáles sean aquellos a los que, de hecho, se atiende o realiza. Tiene que salirse, por así decirlo, del ordenamiento en cuestión para juzgarle. Aun

⁷ Por supuesto, hay un tercer nivel de estudio sobre los valores que es el de la “ética analítica” o “metaética” que se ocupa de “lo que la gente hace cuando *habla* acerca de lo que debe hacer” (Hudson 1974, p. 17). No creo que se ofrezca a ninguna confusión con lo que ahora voy a discutir.

⁸ Me he ocupado, recientemente, del concepto y las concepciones de la justicia en *El concepto de justicia y la teoría de los derechos* (Hierro 2002, *passim*).

cuando la conclusión final sea que tal ordenamiento o parte de él se ajusta perfectamente a la teoría de la justicia propuesta. Es como medir la exactitud o inexactitud de una determinada cinta métrica: necesariamente requiere utilizar otra cinta métrica u otro cualquiera instrumento de medición, aunque el resultado sea que la cinta medida es perfectamente exacta. Pero es un punto de vista peculiar porque a nadie sensato se le ocurre argumentar o proponer una teoría de la justicia sino para aplicarla precisamente a la evaluación y, en su caso, modificación o transformación del ordenamiento jurídico vigente al que él, u otros a los que su argumento se dirige, se hallan sometidos como participantes de buen o mal grado. Se podrá objetar que no hay nada que impida argumentar sobre la injusticia de la esclavitud en Roma, o la injusticia del régimen medieval de servidumbre, así como nada impide comparar bajo un punto de vista moral la colonización española en América del Sur y la colonización británica en América del Norte, pero será fácil convenir —espero— que no es ese el objeto principal que se proponen quienes construyen una teoría de la justicia. Su propósito principal es, normalmente, la justificación o la crítica del Derecho vigente; naturalmente que ambas, la justificación o la crítica, pueden ser totales (lo que se traduce en concepciones absolutamente conservadoras o absolutamente revolucionarias, sean éstas últimas reaccionarias o progresistas) o, como es más plausible, parciales. Pero nadie elabora una teoría moral normativa para demostrar exclusivamente que lo que hizo el rey de Edom⁹ fue malo; en primer lugar porque de su teoría se deriva necesariamente que, siendo iguales todas las circunstancias, aquello que hizo el rey de Edom es algo que es malo y, por ello, no debe hacerse en ningún caso; en segundo lugar porque a la gente le interesa mucho más saber si eso es bueno o malo, si debe o no debe hacerse, que si lo hizo o dejó de hacerlo el rey de Edom.

El punto de vista del teórico de la justicia es, normalmente, el punto de vista de un observador crítico (Laporta 1990) y un observador crítico es un observador muy peculiar porque tiene un gran interés en evaluar aquello que observa, bien sea para defenderlo y conservarlo bien sea para criticarlo y transformarlo. No se comporta, desde luego, como un observador neutral.

Y la teoría de la justicia se dirige a participantes. Una ética normativa, o cualquier parte de una ética normativa, trata de dirigir la conducta del destinatario. En cuanto apela a la conciencia o convicción de los destinatarios cabe decir que es más persuasiva que normativa, a diferencia de la forma en que son normativas las reglas sociales y las normas jurídicas, pero —sea cual fuere su fuerza normativa— lo cierto es que trata de dirigir la conducta y ello sólo puede hacerse cuando uno se dirige a los que participan o se supone que

⁹ El rey de Edom negó el paso por su territorio a los israelitas. Vid. *Números* 20,14-21.

han de participar en el “juego” de la vida social. Específicamente la teoría de la justicia se dirige a quienes son partícipes, voluntarios o involuntarios, de la vida social y, más concretamente, de la cooperación que en ella se desarrolla y que, por ello, tienen pretensiones competitivas sobre los bienes y cargas de esa actividad cooperativa (Rawls 1971, p. 5). Parece innecesario poner ejemplos para demostrar que sencillamente carece de sentido pensar en una ética normativa destinada a meros observadores neutrales; sería una contradicción en los términos elaborar un tratado del siguiente tenor: “Sobre los criterios de justicia que un observador del Derecho bantú debería asumir para evaluar moralmente el Derecho bantú pero de los que no debe hacer nunca uso para que se mantenga la neutralidad de su observación”. La teoría de la justicia se dirige, pues, a los participantes: tanto a los participantes-no-aceptantes que lo son, precisamente, porque no se adhieren (total o parcialmente) a la teoría de la justicia legalizada (legitimidad legalizada), como a los participantes-entusiastas que lo son, precisamente, porque se adhieren a la legitimidad legalizada. No importa, a estos efectos, si la teoría de la justicia en cuestión trata de reforzar la opinión de los primeros y de persuadir a los segundos, o si por el contrario trata de persuadir a los primeros y de reforzar la opinión de los segundos.

2. Enunciados externos y enunciados internos

Si este análisis es correcto parece que deja poco sitio, en el ámbito de la Filosofía del Derecho, para los observadores. No quiere ello decir que no haya un lugar para los observadores del Derecho, como lo son los sociólogos, los antropólogos o los historiadores; quiere sólo decir que la Filosofía del Derecho, con el ámbito temático que Bobbio la atribuyó y que ha encontrado muy general aceptación (Bobbio 1980, pp. 98-99 y, entre nosotros, por todos, Díaz 1971, pp. 263-267; Peces-Barba 1983, pp. 263 y 329; y Atienza 1985, p. 367), no es el lugar de los observadores, sino más bien el lugar de quienes reflexionan sobre “un mundo en el cual todos nosotros somos participantes y en el que debemos, ineludiblemente, permanecer como participantes” (Soper 1993, p. 141). Pero, sin embargo, ello no significa que en esa reflexión de participantes dirigida a participantes no haya lugar para el punto de vista del observador, el punto de vista externo. La tesis que, en este aspecto, voy a sostener puede anticiparse con las palabras de Eugenio Bulygin: “en una sociedad, si bien puede haber observadores puros, no hay una cosa tal como un participante puro, porque todo participante es también un observador” (Bulygin 1998, p. 45).

Un discurso sobre el Derecho, como sobre cualquier fenómeno normativo, puede construirse en su totalidad desde un punto de vista externo, de mero observador. Es un discurso que, aunque necesariamente haya de uti-

lizar un método hermenéutico para explicar el sentido que los participantes atribuyen a sus prácticas y a la comprensión de sus reglas, puede mantenerse siempre en el nivel descriptivo: “Dicen los nativos que cuando alguien mira la comida del jefe, queda tû-tû;... dicen los nativos que cuando alguien que está tû-tû se somete a un rito de purificación deja de estar tû-tû...” Incluso cuando el observador prescinde de usar cuidadosamente el lenguaje y afirma, por ejemplo, “cuando un nativo esta tû-tû, *está obligado* a someterse a un rito de purificación”, el lector avezado sabe que el observador sólo quiere decir que el nativo “está obligado” según las creencias de los nativos, y no según la opinión del observador. Cabe recordar, por cierto, que las condiciones de verdad –o, si se prefiere, de corrección– de la afirmación “cuando un nativo está tû-tû, *está obligado* a someterse a un rito de purificación” son las mismas sea que la enuncie un observador, un nativo crítico y activamente rebelde contra la institución del tû-tû o un nativo sumiso y convencido de la realidad sobrenatural del tû-tû; o, dicho con otro ejemplo, la afirmación “el procesado cometió un delito de desacato” referida a un incidente ocurrido en España en otoño del 2001 es igual de falsa o de incorrecta, y es falsa o incorrecta por los mismos motivos, la diga un periodista británico (que quiso decir: “el procesado cometió, conforme a las leyes españolas, un delito de desacato”), la diga un participante crítico y rebelde (“el procesado cometió un delito desacato y, aunque le condenen por ello, hizo muy bien porque la actuación del juez era intolerable”) o la diga un participante entusiasta (“el procesado cometió un delito de desacato, lo cual es intolerable, y debe ser por ello castigado conforme a lo previsto en nuestras leyes”). Como es sabido, el desacato ya no era, en el 2001, delito en España y los tres estaban muy mal informados.

Pongo estos ejemplos para introducir el punto indicado por Bulygin, que me parece crucial en esta discusión y en lo que de ella se deriva. El observador no participa pero necesita información sobre las creencias de los participantes para saber cuáles son las normas que usan; el participante no observa, sino que usa las normas, pero necesita información sobre las creencias de los demás participantes o, para el caso de sistemas institucionales complejos como lo es el Derecho, sobre lo que denominamos “criterios de validez” para saber cuáles son las normas que ha de usar.

El participante, por lo tanto, necesita información. Es bastante obvio. No es posible “usar” la norma jurídica N, o “aceptar” (o “criticar”) la norma jurídica N, sin saber, antes, que N es una norma jurídica. Y, como las normas jurídicas son las que pertenecen a sistemas jurídicos, no es posible saber que N es una norma jurídica del sistema jurídico S sin saber, antes, que S es un sistema jurídico. Y para saber si S es un sistema jurídico y N es una norma jurídica del sistema S el participante tiene que observar si S satisface

las condiciones de lo que llamamos “sistemas jurídicos” y si N satisface las condiciones de validez requeridas por el sistema S. Ambas operaciones son, en principio, descriptivas aunque, en diferente grado, problemáticas.

Que la identificación de la existencia de un sistema jurídico es una descripción de ciertos hechos sociales parece constituir, al menos desde Austin, un axioma de la teoría positivista del Derecho. Como luego veremos, es el núcleo de la llamada “*tesis social de las fuentes*”. En todo caso no creo que nadie niegue con seriedad, a estas alturas, que existió un sistema jurídico nacionalsocialista en Alemania bajo el Tercer Reich (cuestión distinta es, en todo caso, si algunas leyes nazis eran o no eran “Derecho”). Tampoco creo que nadie afirme con seriedad que existía un sistema jurídico zarista en Rusia en la década de los sesenta del pasado siglo XX, aun cuando algunos nobles rusos jugasen, en los cafés centroeuropeos, a que existía. Aunque enseguida me ocuparé, inevitablemente, de algunas dificultades en la identificación de lo que es un “Derecho positivo” en cuanto sistema jurídico, me parece claro que esa identificación es un enunciado de hecho o descriptivo y que es un enunciado de esta naturaleza lo haga un observador o lo haga un participante. Quien sostiene que no hubo un sistema jurídico nacionalsocialista y quien sostiene que en los años sesenta de siglo XX existía un sistema jurídico zarista cometen el mismo error: no atenerse a los hechos.

Más delicada es la cuestión de si la afirmación “N es una norma válida en el sistema S” es una aserción, un enunciado descriptivo, o es una prescripción, un enunciado normativo. La posición clásica positivista es que un enunciado del tipo “*La norma N es Derecho válido en el sistema S*” es un enunciado descriptivo aunque describa el contenido de normas (Laporta 1990, pp. 134-135); y es descriptivo aun cuando esa descripción presuponga usar otras normas del sistema y, en definitiva, usar su(s) regla(s) de reconocimiento; el enunciado anterior implica más o menos las siguientes afirmaciones: “Conforme a las normas independientes A, B y C, efectivamente vigentes en el sistema jurídico S, son válidas las normas de reconocimiento A', B' y C' creadas de acuerdo con aquéllas, y es válida la norma N creada conforme a éstas”. Indudablemente una aserción de este tipo sólo es posible “usando” las normas A, B, C, A', B' y C', aunque –como ya he señalado antes– no veo por qué este uso de ellas tiene que implicar una aceptación o adhesión en sentido moral. Kelsen tenía razón: cualquier jurista, y multitud de quienes no lo son, hacen esta operación, más o menos sencilla, tanto se refieran a un ordenamiento jurídico con el que están moralmente de acuerdo (el de la España constitucional, en mi caso) como se refieran a uno con el que están moralmente en radical desacuerdo (el de la España franquista, en mi caso) y ello incluso aunque el desacuerdo afecte a las normas característicamente superiores (legitimadoras) del sistema. Ello hace que las

condiciones de verdad de la proposición enunciada como “*La norma N es Derecho válido en el sistema S*” sean independientes de que quién la enuncia lo haga desde un punto de vista externo o desde un punto de vista interno.¹⁰ La diferencia entre ambos puntos de vista sólo afecta a la consecuencia que el observador y el participante extraen de esa proposición: el observador extrae como consecuencia que los sujetos del sistema jurídico S la usarán como norma (y que probablemente un cierto número de sujetos cualificados la aceptará moralmente);¹¹ el participante extrae como consecuencia que esa norma le vincula jurídicamente (y ello con independencia de que la acepte o la repudie moralmente).

Esta posición constituye, por su parte, el núcleo de la que podemos llamar “*tesis de la identificación objetiva*”, que –como Bayón ha señalado (aunque críticamente)– “*parece ajustarse perfectamente con alguna de las convicciones más sólidamente enraizadas en una concepción positivista del Derecho. Si, sobre la base de lo que suele llamarse la “tesis de las fuentes sociales”, aquello que es Derecho depende completamente de hechos sociales complejos, debiera ser claro que el conocimiento de estos hechos ha de ser posible de modo totalmente independiente de la actitud práctica que pudiera adoptarse frente a ellos.*” (Bayón 1996, p. 49).¹² La tesis de las fuentes sociales y la tesis de la identificación objetiva llevan, finalmente, aparejada la tesis de que la identificación del Derecho y de las normas jurídicas es independiente de cualquier afirmación moral genuina, es decir: la “*tesis de la separación entre el Derecho y la Moral*”. Estas tres tesis son hoy características de lo que denominamos “positivismo jurídico”.

¹⁰ Guastini sostiene que debemos distinguir entre un punto de vista interno de carácter cognoscitivo (que sólo “usa” los criterios de validez) y un punto de vista interno de carácter normativo (que acepta éticamente la metanorma que obliga a obedecer a las normas válidas) (Guastini 1999, p. 406). MacCormick sostiene, en términos similares, que el punto de vista interno incluye elementos cognitivos y volitivos (MacCormick 1986, p. 131). Yo sólo añadiría que ese punto de vista interno de carácter cognoscitivo (que bien podría reconducirse al punto de vista externo) es el mismo tanto para un observador como para un participante, cualquiera que sea el grado de aceptación moral de las normas de éste, cuando enuncian con pretensión descriptiva que “*la norma N es Derecho válido en el sistema S*”. Cuestión distinta, y de la que me ocuparé luego, es que un enunciado idéntico puede hacerse con una pretensión normativa y, en tal caso, constituye un enunciado típicamente interno.

¹¹ Sobre lo que supone usar una norma como razón para la acción es indispensable el libro de Juan Carlos Bayón, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción* (1991). Un balance abreviado con especial atención a la posición de los participantes más cualificados – los jueces – puede verse en el “Epílogo” (pp. 729-739).

¹² Bayón niega la tesis de la identificación objetiva y sostiene, siguiendo a Greenawalt, que la perspectiva del observador y la del participante no necesariamente coinciden al identificar un sistema jurídico, sino que más bien tienden a diferir (Bayón 1996, *passim*). Puede verse una réplica, bastante rotunda, a Bayón en Bulygin 1998.

Hasta aquí he tratado de demostrar que todos los temas de la Filosofía del Derecho se enfocan básicamente desde el punto de vista de un participante o

—en el caso de la teoría de la justicia— de un observador comprometido y que la reflexión filosófica se dirige, básicamente, a participantes; pero he sostenido, finalmente, que el punto de vista de un participante incluye necesariamente enunciados externos u observacionales, meramente descriptivos. Lo que esto significa es que el positivismo no es exclusivo del punto de vista externo o del observador y que un participante bien informado (cabría decir “que sepa a qué juega”) es un participante positivista al margen de que, con independencia de ello, pueda ser un entusiasta moral del sistema o su más feroz crítico.

3. La concepción positivista

3.1. Tres tesis positivistas

Me parece que, como ya hemos visto, el positivismo comprende tres tesis: la denominada “tesis social” o “tesis de las fuentes sociales”, la denominada “tesis de la identificación objetiva” y la denominada “tesis de la separación”. En términos filosóficos convencionales cabría decir que la primera es una tesis ontológica, la segunda es una tesis epistemológica y la tercera es —al menos en cierto sentido— una tesis axiológica.¹³

Conforme a la tesis social es positivista toda concepción del Derecho que acepta que el Derecho es un fenómeno de origen social o, dicho de otro modo, que las fuentes del Derecho son meramente convencionales. Podría enunciarse así:

“La existencia de las leyes depende exclusivamente de que hayan sido establecidas mediante decisiones humanas” (parafraseando a MacCormick 1986, p. 129)

Conforme a la tesis de la identificación objetiva es positivista toda concepción del Derecho que acepta que la existencia de un sistema jurídico es un hecho observable y que la existencia de las normas en un sistema jurídico, aun no siendo un hecho, puede enunciarse objetivamente. Podría enunciarse así:

“Las proposiciones sobre la existencia de un sistema jurídico y las proposiciones sobre la existencia de una norma jurídica son proposiciones meramente descriptivas y, por ello, veritativas”

¹³ Soy consciente de que generalmente se presentan como tesis típicas del positivismo sólo la primera y la tercera, omitiendo la segunda; asimismo de que la tesis de la separación suele presentarse como una tesis ontológica y no como una tesis axiológica. Trataré de explicar, a continuación, en qué preciso sentido afirmo que se trata de una tesis axiológica.

Como es obvio la tesis de la identificación objetiva contiene dos sub-tesis, según se refiera a la identificación de los sistemas jurídicos o a la identificación de las normas jurídicas. Cabe afirmar ambas o negar ambas y cabe sostener la primera sin sostener la segunda; no cabe, sin embargo, sostener la segunda (que es posible identificar objetivamente las normas jurídicas existentes en un sistema jurídico) y negar la primera (que no es posible identificar objetivamente un sistema jurídico).

Conforme a la tesis de la separación “la existencia del Derecho es una cosa; su mérito o demérito es otra” (Austin [1832] 1971, p. 184), en consecuencia la afirmación de que algo es Derecho no contiene necesariamente ningún juicio de valor. MacCormick la enuncia en los siguientes términos:

“La existencia de las leyes no depende de que satisfagan determinados valores morales de aplicación universal a todos los sistemas jurídicos” (MacCormick 1986, p. 128)

En alguna medida la tesis de la separación, que se formuló originariamente como anti-tesis de la tesis central del iusnaturalismo (“*lex iniusta non est lex, sed corruptio legis*”), constituye la base de las otras dos pues si el Derecho tiene una conexión necesaria con algún valor moral universal, como la justicia, entonces la existencia de las leyes no depende sólo de decisiones humanas, sino que requiere decisiones humanas conformes con la justicia, y entonces las proposiciones sobre la existencia de un sistema jurídico o de una norma jurídica no son meramente descriptivas sino que incluyen un juicio de valor (que el sistema o la norma son justos). Parece conveniente, por ello, prestar ahora alguna especial atención a la tesis de la separación.

3.2. La tesis de la separación entre el Derecho y la moral

La tesis de la separación sostiene que no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la moral. Ahora bien, si la tesis se entiende en un sentido meramente descriptivo, como un enunciado formulado por un observador desde un punto de vista externo, implica la afirmación de que un sistema jurídico no requiere necesariamente ninguna relación con ningún tipo de creencia y/o regla moral de nadie.

En este sentido la tesis ha de referirse a la relación del Derecho con la moralidad positiva (o, al menos, con la moralidad dada de alguna persona o grupo de personas) y, según se refiera a la relación del Derecho con esa moralidad o de esa moralidad con el Derecho, afirmaríamos:

(1) que puede existir en una sociedad un sistema jurídico que no incluya entre sus normas ninguna creencia y/o regla de la moralidad positiva de esa

sociedad (o de la de alguna persona o grupo de personas de esa sociedad), y

(2) que puede existir en una sociedad un sistema jurídico sin que exista ninguna creencia y/o regla de la moralidad positiva de esa sociedad (o de alguna persona o grupo de personas de esa sociedad) que establezca la obligación moral (ya sea “prima facie” ya sea absoluta) de obedecer las normas jurídicas

Si, por el contrario, la tesis se entiende en un sentido ético normativo, como un enunciado formulado por un observador-crítico o por un participante-no-aceptante desde un punto de vista moral propio o crítico, implica la afirmación de que un sistema jurídico no requiere necesariamente ninguna relación con ningún tipo de creencia y/o regla moral que él sostenga.

En este sentido la tesis ha de referirse a la relación del Derecho con la moral crítica y, según se refiera a la relación del Derecho con esa moral crítica o de esa moral crítica con el Derecho, afirmaríamos:

(3) que alguien puede afirmar, sin contradecirse, que existe en una sociedad un sistema jurídico que no incluya entre sus normas ninguna creencia y/o regla de la moral que él acepta, y

(4) que alguien puede afirmar, sin contradecirse, que existe en una sociedad un sistema jurídico sin que exista ninguna creencia y/o regla de la moral que él acepta que establezca la obligación moral (ya sea “prima facie” ya sea absoluta) de obedecer aquellas normas jurídicas.

Resulta casi evidente que las cuatro afirmaciones son sumamente distintas. Mientras que las dos primeras resultan claramente contraintuitivas, las dos segundas confirman, también claramente, una experiencia común.

La primera afirmación supondría que existen sistemas jurídicos que son por su contenido, para el conjunto de sus destinatarios, moralmente neutros e incluso moralmente repudiados (como lo son, normalmente, las ordenes del asaltante que son o bien moralmente repugnantes –como la orden de denunciar al que “tiene la llave de la caja”- o bien moralmente neutras –como la orden de mantenerse quieto-); la segunda afirmación supondría que existen sistemas jurídicos que son, para el conjunto de sus destinatarios, moralmente irrelevantes (como lo son las ordenes del asaltante que, en el mejor de los casos, se obedecen por razones meramente prudenciales –para eludir su amenaza-). Puesto que estamos analizando ahora la tesis de la separación como pretensión descriptiva, cabe afirmar que ambas afirmaciones parecen contradecir toda la evidencia empírica disponible; es decir: no se puede aportar evidencia empírica alguna que nos muestre un sistema que reúna las características aproximadas de lo que solemos denominar “sistema jurídico”

y que no ofrezca al mismo tiempo las dos características contrarias a las que, en este primer aspecto, implica la tesis de la separación.¹⁴

Todos los sistemas jurídicos que conocemos reúnen, aparte de otras, la característica de que para todos o algunos de sus destinatarios el sistema incluye una gran parte de creencias y/o reglas que ellos consideran morales, y la característica de que todos o algunos de sus destinatarios comparten una regla moral, “prima facie” o absoluta, de que hay que obedecer las normas jurídicas o, al menos, gran parte de ellas.

Podrían, quizá, argumentarse dos supuestos empíricos a favor de este aspecto de la tesis de la separación. Se trataría de los casos del “Derecho impuesto” y del “Derecho injusto”. El primer supuesto aludiría a los casos en que una comunidad (el colonizador) impone su sistema jurídico a otra comunidad (el colonizado). No hay, según creo, ninguna evidencia empírica a favor de la plausibilidad de que este supuesto confirme la tesis. Casos paradigmáticos de colonización jurídica, en Occidente, serían el del Derecho romano en las provincias, el del Derecho español en las “Indias occidentales” y el del Derecho británico en la India. En los tres casos podemos constatar dos fenómenos: la estratificación¹⁵ y la legitimación. De un lado, un fenómeno de estratificación consistente en que el Derecho colonial se impone coercitivamente, pero sólo de forma sectorial, para regular las relaciones entre los colonos, todas o algunas de las relaciones entre colonos y colonizados, y algunas relaciones entre colonizados que se entienden de particular relevancia (para los colonos), pero una parte más o menos extensa de relaciones entre colonos y colonizados y, sobre todo, entre colonizados quedan sometidas al Derecho colonizado que, de esta forma, entra a formar parte del sistema jurídico en vigor. Este fenómeno de estratificación alimenta, en mayor o menor grado, el sistema jurídico con la moralidad positiva del grupo colonizado. Se añade a ello, de otro lado, que el Derecho colonial opera siempre con una pretensión de legitimidad (preséntese como “romanización”, “cristianización”, “islamización”, “civilización”, “liberación”, “desarrollo”, etc.) que, dadas ciertas condiciones de estabilidad, se traduce en una efectiva legitimación de grandes sectores del sistema jurídico colonial.¹⁶

¹⁴ Vid. Hart 1962, p. 10 donde señala que los utilitaristas nunca negaron, en cuanto hecho empírico, esta relación entre el Derecho y la moral; vid. también el *Postscript* de Hart donde insiste en que en su libro *The Concept of Law* se argumenta que no hay una conexión conceptual necesaria entre Derecho y moral aunque “hay muchas diferentes conexiones contingentes” (Hart 1994, p. 268). Vid. también Garzón Valdés 1998, p. 19.

¹⁵ He tomado de Losano (1982) la idea de “estratificación” para designar este fenómeno.

¹⁶ Vid. García Gallo 1959, pp. 46 y 43, respectivamente, sobre estratificación y elementos (legitimadores) de la romanización en España; la formación de un Derecho romano vulgar que incluye elementos indígenas se produce, dice García Gallo, “en España y las restantes provin-

No conozco ningún caso de un sistema jurídico impuesto exclusivamente por la mera coerción; y tampoco conozco a nadie que lo conozca.

El segundo supuesto empírico sería el del “Derecho injusto”. Aquí disponemos de testimonios más cercanos pues fue la polémica sobre si el Derecho injusto era o no era Derecho la que caracterizó cierto resurgimiento del iusnaturalismo tras la Segunda Guerra Mundial. No me interesa ahora el aspecto conceptual (u ontológico, si se quiere) de la discusión. Sólo me interesa la constatación que Radbruch y muchos otros suscribieron de que “hay partes enteras del Derecho nacionalsocialista que nunca llegaron a tener la categoría de Derecho válido... todas esas leyes que aplicaban un trato infrahumano o les negaban los derechos humanos a ciertos hombres” (Radbruch 1971, pp. 14 y 15), pero me interesa ahora para señalar que –como ellos mismos reconocen– esta monstruosidad moral se llevó a cabo previa la monstruosa modificación de la moralidad positiva de al menos una parte extensa de la población (“un caso único de extravío y aberración del pueblo alemán” dice el mismo Radbruch *ibidem*, p. 16) y con la concurrencia de una regla de la moralidad positiva vigente, al menos, entre los juristas y los soldados, que obligaba a obedecer las leyes (“el nacionalsocialismo se aseguró la sujeción de los soldados, por un lado, y de los juristas, por otro, sobre la base de los principios “Las órdenes son órdenes”, que se aplicaba a los primeros, y “Ante todo se han de cumplir las leyes”, que se refería a los segundos”. *Ibidem* p. 3). La adhesión a tales principios de, como mínimo, una gran parte de los militares y una gran parte de los juristas fue, por tanto, concurrente con la efectiva vigencia del Derecho nacionalsocialista. Todo lo cual significa que este supuesto tampoco abona la interpretación descriptiva de la tesis de la separación y nos permite concluir, conformes con la intuición más común, que las afirmaciones (1) y (2) son falsas. Por el contrario:

cias del Imperio”. También García Gallo (*ibidem*, p. 388) sobre la estratificación en el Derecho indiano (“la propia legislación de Indias desde 1555 les permite [a los indios] regirse por sus viejas costumbres o por las leyes y costumbres que de nuevo ellos mismos establezcan, en tanto no se opongan a la religión, y desde 1680, tampoco a la *Recopilación*”). No parece necesario extenderse sobre la pretensión de legitimidad del proyecto “cristianizador” de la colonización española. Sobre la India bajo el Imperio británico, vid. Mario G. Losano 1982, pp. 271-274 y Carleton K. Allen 1969, p. 113; en la organización judicial británica correspondía al Comité judicial del Consejo Privado conocer las apelaciones contra los tribunales de las colonias británicas; la invocación de la costumbre local de la colonia, y la fijación de sus límites, han sido consecuentemente una cuestión muy familiar para los abogados ingleses (*ibidem*, pp. 110 y 230). El éxito de la pretensión de legitimidad del Derecho colonial británico se manifiesta de forma clara en la codificación que la India acomete desde el momento de su independencia en la que se pone de manifiesto un importante arraigo de la concepción británica del Derecho (vid. Losano 1982, pp. 273-274).

(contra 1) todo sistema jurídico incluye entre sus normas alguna creencia y/o regla de la moralidad positiva de esa sociedad (o de la de alguna persona o grupo de personas de esa sociedad), y

(contra 2) no puede existir en una sociedad un sistema jurídico sin que exista alguna creencia y/o regla de la moralidad positiva de esa sociedad (o de alguna persona o grupo de personas de esa sociedad) que establezca la obligación moral (ya sea “prima facie” ya sea absoluta) de obedecer aquellas normas jurídicas.

Sospecho que la presentación y la negación de las tesis 1 y 2 puede resultar innecesaria, y sólo justificable en aras de una pretensión de claridad, pues probablemente nadie nunca las ha sostenido seriamente. Sin duda, la tesis de la separación se sostiene en un sentido ético normativo, que –como he indicado– formula un observador-crítico o un participante desde un punto de vista moral propio o crítico. La pretensión de claridad me parece, sin embargo, justificada porque ésta es la razón por la que sostengo que la tesis de la separación es una tesis fundamentalmente axiológica y no, como con mucha frecuencia se entiende, una tesis ontológica.

Las afirmaciones (3) y (4) no resultan contraintuitivas aunque la primera de ellas sea poco plausible pues sería de hecho difícil suponer algún sistema jurídico que exista o haya existido que no incluya ninguna norma con la que un participante-no-aceptante o un observador crítico no esté moralmente conforme, es decir que no incluya entre sus normas ninguna creencia y/o regla de la moral que él acepta. Lo relevante es, en este aspecto, que la tesis afirma que esta coincidencia es meramente contingente y no conceptualmente necesaria. No es la existencia de ese sistema jurídico como tal sistema jurídico la razón de que todas, muchas o algunas de sus normas resulten moralmente aceptables bajo un punto de vista crítico; la razón sería una razón exclusivamente moral.

La última afirmación resulta más plausible. La existencia de un sistema jurídico no requiere ninguna creencia y/o regla de la moral que él observador crítico o el participante-no-aceptante acepta que establezca la obligación moral (ya sea “prima facie” ya sea absoluta) de obedecer aquellas normas jurídicas. Ambos pueden reconocer la existencia del sistema jurídico, la vinculatoriedad jurídica de sus normas como un hecho social, y el riesgo de verse sometidos a su coercibilidad en caso de incumplimiento, negando al mismo tiempo toda legitimidad moral a sus autoridades y toda obligatoriedad moral a sus normas. En el muy probable supuesto de que alguna norma válida del sistema coincida con una norma moral aceptada (por ejemplo: prohibido matar) se argumentará, bajo este punto de vista, que uno se siente vinculado por la norma moral que él acepta y que le es indiferente que, además, su contenido esté prescrito por una norma jurídica.

La tesis de la separación, por tanto, se puede traducir a la afirmación de que la coincidencia entre las normas jurídicas y las normas de una moral crítica es meramente contingente y sólo puede establecerse desde un punto de vista moral, y no desde un punto de vista jurídico, y que la obligación moral de obedecer las normas jurídicas es asimismo contingente y sólo puede establecerse, asimismo, desde un punto de vista moral, y no desde un punto de vista jurídico.

La tesis de la separación es, en mi opinión, clara -“elemental doctrina” como la calificó Hart (Hart 1962, p. 12)- aunque tiene que hacer frente a ciertas objeciones. Tres objeciones, al menos, me parecen relevantes. La primera sería la de que cualquier sistema jurídico se apoya necesariamente en el “contenido mínimo del Derecho natural”, idea con la que Hart -siguiendo a Hobbes y a Hume- se opone a “la tesis positivista que dice que el derecho puede tener cualquier contenido” (Hart 1977, p. 246). Aunque esta idea de Hart no es particularmente clara, parece que pretende hacer justicia al “núcleo de buen sentido que hay en la doctrina del Derecho Natural” (ibídem, p. 245), reconociendo que hay razones (no meras conexiones causales) que son comunes para fundamentar la existencia de normas morales y de normas jurídicas. La vulnerabilidad, la igualdad aproximada, el altruismo limitado, los recursos limitados y la limitación de la comprensión y la fuerza de voluntad son los cinco principios que se apoyan en verdades elementales y constituyen ese “contenido mínimo”. En todo caso, este contenido mínimo no conduce a Hart a presentarlo como una conexión necesaria entre lo que es Derecho y lo que es moral y ello -creo entender- porque este mínimo sólo muestra unos débiles elementos comunes a las normas jurídicas y a las normas de la moralidad positiva de una sociedad en la que hayan llegado a distinguirse las unas de las otras, pero no añade nada que obligue a un punto de vista moral crítico (o esclarecido) a prestar su adhesión a ese sistema jurídico o a partes de él (a un sistema, por ejemplo, que puede limitar la igualdad a los miembros varones de una raza dominante) y tampoco añade nada que obligue a un punto de vista descriptivo a negar el carácter jurídico a ese sistema o a partes de él. El problema, en mi opinión, del “contenido mínimo” de Hart es que, desde un punto de vista moral, dice bien poco, si es que dice algo; de hecho, el mismo Hart se desprende de él a las pocas páginas para seguir sosteniendo la tesis de la separación (ibídem, pp. 259-261).

La segunda objeción sería la de que cualquier sistema jurídico requiere, por definición, satisfacer ciertos requisitos de carácter moral, ciertos principios mínimos característicos del Derecho, que constituyen la “*moral interna del Derecho*”. Como es sabido, ésta es la tesis de Lon L. Fuller (Fuller 1981). Parece que, dando un paso más que Hart, se pretendiera extraer de aquéllas verdades elementales que sirven como razón de la existencia del Derecho

unos principios más determinados sin cuya satisfacción un sistema jurídico no sería, propiamente hablando, un sistema jurídico porque no respondería a las razones de su existencia. Esos principios eran, en Fuller, ocho: generalidad, publicidad, no retroactividad, comprensibilidad, no contradictoriedad, posibilidad de cumplimiento, estabilidad y coherencia institucional. Es más fácil aceptar que si unas normas positivas no satisfacen, en un cierto grado, estos ocho principios no son normas jurídicas (porque ni siquiera son normas) que aceptar que, satisfaciéndolos, se revisten de algún valor moral relevante. Creo, como Hart, que si esto es todo lo que se quisiera afirmar respecto a la conexión entre el Derecho y la moral, “podemos aceptarlo” (Hart 1977, p. 256) pero aceptaríamos algo moralmente insignificante, porque un sistema jurídico compuesto de normas que satisfagan esos ocho requisitos puede incluir una ley que someta a la esclavitud a todos los varones blancos, que expulse del territorio a todas las mujeres negras o que prive del derecho de sufragio a todos los adultos ateos, eso sí: cuidando de hacerlo con claridad y a partir de la fecha de su publicación. “Infortunadamente –señala Hart– es compatible con una enorme iniquidad” (ibídem, p. 256).

La tercera objeción sería la de que hay un tipo de sistemas jurídicos –los sistemas jurídicos “civilizados”– que necesariamente incorporan contenidos morales racionales y que, por ello, son candidatos a una obediencia moral “prima facie” racionalmente fundada. Creo que podría formularse en los siguientes términos: (a) si todo sistema jurídico incorpora necesariamente una gran parte de la moralidad positiva, todo sistema jurídico civilizado incorpora, al menos, una gran parte de la moralidad positiva de los pueblos civilizados entre cuyas creencias, principios y reglas se comprenden, como mínimo, algunos que ningún agente racional podría negar sobre bases racionales; (b) entonces todo sistema jurídico civilizado contiene un contenido mínimo de moralidad positiva que coincide con ciertos contenidos de cualquier moral crítica racionalmente sostenible; (c) entonces todo agente racional (un observador crítico o un participante-no-aceptante racionales) tiene que desistir, para este supuesto, de la afirmación (3)¹⁷ y reconocer que todo sistema jurídico civilizado incluye entre sus normas alguna creencia y/o regla de la moral que él acepta; y (d) entonces tiene que admitir que la moral que él acepta contiene la obligación moral (al menos “prima facie”) de obedecer al menos aquellas normas jurídicas coincidentes.

Esta tesis está presente, más o menos explícita, en muchos enfoques actuales y admite fundamentos diferentes. Sería, por ejemplo, la tesis sostenida

¹⁷ La afirmación 3 decía “que alguien puede afirmar, sin contradecirse, que existe en una sociedad un sistema jurídico que no incluya entre sus normas ninguna creencia y/o regla de la moral que él acepta”.

por Eusebio Fernández que suscribe una obligación moral *prima facie* de obedecer al Derecho “justo”, donde justo significa “elaborado contractualmente” (Fernández 1987, p. 21); sería también, la tesis latente en muchos enfoques de inspiración dworkiniana (Atienza 2001, p. 113).¹⁸ La objeción me parece relevante pero no concluyente. En definitiva no niega que puedan sostenerse las afirmaciones (3) y (4)¹⁹ sin incurrir en contradicción; lo que niega es que tales afirmaciones sean adecuadas a los sistemas jurídicos civilizados. En tal caso, la coincidencia entre Derecho y moral crítica sigue siendo contingente y la tesis positivista de la separación sigue siendo una tesis cierta. Cuestión distinta es afirmar que la función que la tesis de la separación desempeñó para superar la concepción iusnaturalista del Derecho ha perdido hoy importancia y, por el contrario, la ha adquirido la cuestión de si puede afirmarse una obligación moral “*prima facie*” de obedecer las normas jurídicas de un sistema jurídico civilizado. La respuesta afirmativa es, obviamente, una tesis moral normativa y sólo añadiré por ahora que, en términos muy generales, la suscribo. Pero suscribir esta tesis moral no implica, en ningún caso, renunciar a la tesis de la separación la cual resulta irrenunciable para –como dijo Hart– “orillar estos dos peligros: el peligro de que el derecho y su autoridad puedan disolverse en la concepción que tiene el hombre del derecho que debe ser, y el peligro de que el derecho vigente pueda reemplazar a la moral como criterio final de conducta y escapar así a la crítica” (Hart 1962, p. 10).²⁰

¹⁸ Lo que Atienza afirma, muy gráficamente, es lo siguiente: “Por lo que se refiere a los Derechos de las sociedades democráticas avanzadas, la conexión entre el Derecho y la moral es tan estrecha que a veces tendríamos problemas para distinguir entre el discurso ... de un teórico de la moral, de un constitucionalista o de un juez... Esto es una consecuencia de la “moralización” de nuestros Derechos, esto es, del hecho de que los sistemas jurídicos han positivizado (vía la Constitución) los principios de una moral universal...” (Atienza 2001, p. 113).

¹⁹ Recuerdo también que la afirmación 4 decía “que alguien puede afirmar, sin contradecirse, que existe en una sociedad un sistema jurídico sin que exista ninguna creencia y/o regla de la moral que él acepta que establezca la obligación moral (ya sea “*prima facie*” ya sea absoluta) de obedecer aquellas normas jurídicas.”

²⁰ Obvio es decir que la literatura sobre la “tesis de la separación” y la alternativa “tesis de la vinculación” es inmensa ya que casi toda la literatura filosófico-jurídica tanto clásica como contemporánea versa, en alguna medida, sobre esta cuestión. Como ha indicado Laporta “el problema de las relaciones entre moral y derecho no *es un* tema de la filosofía jurídica, sino que *es el* lugar donde la filosofía del derecho *está*” (Laporta 1993, p. 7). De entre la bibliografía reciente y más específica me parece imprescindible como punto de partida el ensayo de Hart, *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral*, publicado en 1958 (ahora en Hart 1962, pp. 1-64). Con el título *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, publicaron en 1990 Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo una cuidada selección de ensayos de entre los cuales tienen particular referencia a la cuestión los de Ronald Dworkin (*Retorno al derecho natural*), Philip Soper (*La elección de una teoría jurídica con fundamentos morales*) y M.B.E. Smith (*¿Hay una obligación prima facie de obedecer el Derecho?*). Una excelente presentación del debate contemporáneo entre las dos tesis (vinculación y separación) se encuentra en la compilación de Rodolfo Vázquez, *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate*

3.3. ¿Qué positivismo?

Durante mucho tiempo, la afirmación de la vinculación entre el Derecho y la moral fue característica del iusnaturalismo mientras que la afirmación de la separación fue característica del positivismo jurídico, hasta el punto de que esta sola diferencia permitía trazar con nitidez la frontera entre estas dos grandes concepciones del Derecho. Sin embargo, en las dos últimas décadas del siglo XX la discusión entre vinculación y separación se ha introducido en las propias filas positivistas ocasionando una abultada polémica de “escuelas”.²¹ Digo –asumiendo los riesgos– que la polémica ha tomado un cierto tinte “escolástico” porque parece que la cuestión relevante ya no es tanto cuáles son las relaciones del Derecho con la moral, que carácter tienen y qué consecuencias teóricas y prácticas se derivan de ellas, sino qué respuestas a estas preguntas son admisibles en el club de los positivistas y en qué secciones dividen a sus miembros. El punto de partida se produce con la crítica de Dworkin a Hart.

Es conveniente, sin embargo, retroceder algunas décadas para recordar que el primer gran debate sobre el positivismo se produjo, en el pensamiento jurídico occidental, como consecuencia del nuevo “renacimiento del Derecho Natural” tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, renacimiento que pretendió apoyarse en que el positivismo había abonado el terreno al totalitarismo.²² Una

contemporáneo (1998). Una panorámica general, expuesta con extraordinaria claridad, es la de Francisco J. Laporta, *Entre el Derecho y la moral* (1993). Respecto a la cuestión específica de la obediencia al Derecho no es posible olvidar el impacto que representó el trabajo de Felipe González Vicén, *La obediencia al Derecho* (1979), en que defendió lo que se podría llamar una especie de “iusnaturalismo negativo” (nunca hay obligación moral de obedecer al Derecho pero puede haber obligación moral de desobedecerlo); una tesis distinta –no hay obligación moral de obedecer pero sí de respetar el Derecho– caracteriza la posición de Joseph Raz en *La autoridad del Derecho* (1982); una posición afirmativa condicional (existe obligación moral de obedecer el Derecho justo) es– como ya he indicado– la que sostiene Eusebio Fernández en su amplio estudio de la cuestión, *La obediencia al Derecho* (1987).

²¹ Wil J. Waluchow presentó la polémica en estos términos: “En los últimos años ha surgido una controversia en las filas del positivismo sobre la posibilidad de una conexión particular entre el Derecho y la moral que algunos positivistas declarados aceptan como posible y realmente característica de los sistemas jurídicos modernos, pero que otros rechazan por inconsistente con la naturaleza misma del Derecho...” (Waluchow 1994, p. 81). De la amplísima literatura que esta polémica ha producido me parece que son fundamentales los trabajos de Jules L. Coleman, *Negative and Positive Positivism* (1982); Roger A. Shiner, *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought* (1992) (más interesante por su detallado estudio de opiniones que por sus eclécticas conclusiones); Wil J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (1994); y el volumen 4, nº 3 de la revista *Legal Theory* (1998).

²² Renacimiento del que son ejemplos representativos las obras de Alessandro Passerin d’Entrèves, *La dottrina del diritto naturale* (1954), de Gustav Radbruch, *Die Natur der Sache als juristische Denkform* (1960, sobre un artículo original de 1941) y la editada por Werner Maihofer, *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* (1962).

fecha concreta señala el momento en que el positivismo jurídico se somete a un auto-examen y afronta estas acusaciones: el año 1960 –dos años después de la publicación original del trabajo de Hart *El positivismo y la separación entre el Derecho y la moral*– la Fundación Rockefeller patrocina un encuentro en Bellagio en el que participan Norberto Bobbio, Herbert L.A. Hart, Alejandro Passerin d'Entreves, Alf Ross y Renato Treves, entre otros. En 1961 Bobbio publica *Sul positivismo giuridico*, un trabajo que bien puede considerarse el balance de aquel encuentro. En él, como es sobradamente sabido, Bobbio propone distinguir tres aspectos diferentes del positivismo jurídico: el positivismo como modo de acercarse al estudio del Derecho, el positivismo como teoría del Derecho y el positivismo como ideología del Derecho.²³

Conforme a la distinción de Bobbio cabe decir, en forma resumida, que el positivismo como ideología era un planteamiento axiológico y era inaceptable, que el positivismo como teoría era un planteamiento ontológico y era discutible (al menos en algunas de sus tesis características) y que el positivismo como “*approach*” era un planteamiento epistemológico y era irrenunciable. Genaro R. Carrió, el traductor al castellano de *The Concept of Law*, ha subrayado que el gran mérito de Hart estriba en aceptar el positivismo como enfoque, rechazar el positivismo como ideología y superar el positivismo como teoría: “Hart es positivista en cuanto se adhiere al positivismo jurídico como enfoque... si entendemos por “positivismo jurídico” lo que Bobbio llama “positivismo jurídico como ideología” y Alf Ross “cuasipositivismo”, Hart es indiscutiblemente *antipositivista*... si entendemos “positivismo jurídico” en el sentido en que, siguiendo a Bobbio, hemos llamado “positivismo jurídico como teoría”, Hart no es positivista...” (Carrió 1981, p. 22).

Pues bien, a este positivismo tan depurado de Hart es al que Ronald Dworkin consideró como exponente más típico del positivismo, “la versión contemporánea más influyente del positivismo” (Dworkin 1984, p. 34), y al que sometió a crítica. Cuál es el contenido y el alcance de esta crítica es algo de lo que no me ocuparé ahora, aunque me parece que uno de los más lúcidos análisis sobre ello es precisamente el de Carrió (Carrió 1981) cuya conclusión es que “al criticar al positivismo jurídico, Dworkin ha *creado* o *inventado* su blanco. La modalidad de positivismo jurídico contra la cual argumenta, no existe” (ibídem, p. 54). La conclusión de Carrió, según creo,

²³ El trabajo de Bobbio se publicó originalmente en la Rivista di Filosofia, 14 (1961); está incluido en *El problema del positivismo jurídico* (1965) y en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1977, capítulo V). Carrió señala que responden también al “espíritu de Bellagio” el trabajo de Ross, *Validity and the conflict between Legal Positivism and Natural Law* (1961) y el libro de Uberto Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico* (1965). Vid. también Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto* (1979, parte II).

se ve confirmada si uno analiza cuidadosamente el *Postscript* de Hart, dedicado prácticamente en exclusiva a responder a Dworkin, y la réplica de éste (Dworkin 1994).²⁴

En todo caso, no se puede poner en duda que la crítica de Dworkin ha resultado influyente. En mi opinión esta influencia se debe no tanto al rigor y al acierto de sus críticas al positivismo de Hart como a su poderosa convocatoria a un cambio de agenda en la teoría del Derecho, cambio cuyo anclaje fundamental se encuentra en la afirmación de que “una teoría general del derecho debe ser a la vez conceptual y normativa” (Dworkin 1984, p. 32), lo que, por mi parte, no tengo ningún reparo en aceptar.

El hecho es que entre las aclaraciones de Hart en el *Postscript* se encuentra la de que él no asume un positivismo “de simples hechos” (“*plain fact*”) sino un “positivismo blando” (“*soft positivism*”). Conforme a esta distinción, nos encontraríamos con un “positivismo duro” que afirmaría que los criterios de validez en un sistema jurídico siempre son exclusivamente fácticos y, en definitiva, se apoyan en una práctica social efectiva y un “positivismo blando” que afirmaría que los criterios de validez en un sistema jurídico a veces (esto es, contingentemente) incorporan principios de justicia o valores morales sustantivos (Hart 1994, pp. 247 y ss.). Jules L. Coleman había distinguido ya entre “positivismo negativo” y dos tipos de “positivismo positivo” en un sentido relativamente parecido (Coleman 1982)²⁵ y, más recientemente, Roger A. Shiner ha distinguido entre un “positivismo simple”, que sería el de Austin, y un “positivismo sofisticado”, que sería el de Hart (Shiner 1992), pero la distinción que ha terminado por imponerse, sobre todas éstas, es la que distingue entre “positivismo excluyente” (que vendría a coincidir con “positivismo duro”) y “positivismo incluyente” (o “incorporacionismo”, que vendría a coincidir con “positivismo blando”).

²⁴ Mientras Hart reproduce limpiamente las tesis de Dworkin -lo que el mismo Dworkin, honestamente, reconoce: “[mis puntos de vista] son frecuentemente presentados con una concisión y claridad que yo mismo nunca he conseguido” (Dworkin 1994, p. 1)- Dworkin continúa tratando de reconstruir a base de metáforas y de retorsiones lo que Hart dice e incluso lo que no dice (p.ej. p. 25).

²⁵ Coleman distinguió entre tres tipos de positivismo: un positivismo negativo (“el punto de vista de que el sistema jurídico *no necesita* reconocer como Derecho *standards* morales controvertidos”, subrayado mío), un positivismo de puros hechos positivos (“positive hard facts positivism”: “el punto de vista de que los *standards* controvertidos *no pueden* ser considerados Derecho”, subrayado mío) y un positivismo de reglas sociales positivas (“positive social rule positivism”: el cual “insiste sólo en el carácter controvertido de la regla de reconocimiento”) (Coleman 1982, p. 163). Aunque las denominaciones de Coleman me parecen bastante confusas, creo que lo más aproximado a un “*plain fact positivism*” sería el “*positive hard facts positivism*” y lo más aproximado a un “*soft positivism*” sería el positivismo negativo.

El positivismo excluyente, cuyo representante más cualificado es Joseph Raz, se caracteriza por sostener que cuando un sistema jurídico autoriza a los jueces a decidir discrecionalmente –en caso de lagunas o en caso de que la aplicación de las normas jurídicas se enfrente con una razón moral relevante– el juez decidirá, en estos casos, de acuerdo con un razonamiento moral ajeno al Derecho; Raz no hace sino mantener radicalmente la tesis de la discreción judicial que Hart consideró que constituía también una tesis típicamente positivista. La peculiaridad de la posición de Raz estriba en sostener que, en tales supuestos, el juez no aplica el Derecho sino la moral, pero no lo hace en contra del Derecho sino porque el Derecho mismo le autoriza a hacerlo. De acuerdo con esta interpretación la tesis de las fuentes sociales, la tesis de la identificación objetiva y la tesis de la separación no se ven afectadas pues en esos casos en que un sistema jurídico autoriza al juez a decidir sobre bases morales –lo que ocurre con mero carácter contingente– el juez decide “saliéndose” del Derecho, que primero ha identificado objetivamente por referencia a sus fuentes sociales, utilizando un razonamiento moral porque el Derecho (socialmente establecido y objetivamente identificado) le autoriza a hacerlo, lo cual no convierte ese razonamiento moral en parte del Derecho.²⁶

El positivismo incluyente, por su parte, niega que la tesis positivista de la separación sirva para dar cuenta de los sistemas jurídicos constitucionales porque en ellos se admite expresamente que la pertenencia de una norma al sistema depende no sólo de su fuente sino también de su contenido moral sustantivo. Conviene, pues, subrayar que el positivismo incluyente, en principio, no niega las tres tesis del positivismo jurídico (y, por ello, sigue siendo “positivismo”) sino que sencillamente acoge lo que antes he analizado como tercera objeción a la tesis de la separación; esto es: niega que la tesis de la separación sea adecuada a los sistemas jurídicos civilizados. Pero el hecho de que, en estos sistemas, una serie más o menos amplia de normas morales racionales se hayan “incorporado” al sistema jurídico en virtud de su propio contenido moral y con independencia de su fuente depende precisamente de que en su(s) regla(s) últimas de reconocimiento –sea(n) sólo como práctica social sea(n) incluso expresamente formulada(s) en las constituciones– se

²⁶ Raz considera que de acuerdo con las convenciones interpretativas vigentes en los sistemas jurídicos anglosajones el juez está autorizado a hacer excepciones a las normas jurídicas por razones morales relevantes *en cualquier caso*. Bayón ha constatado que ello obliga a Raz a aceptar –en contra de la posición que antes sostuvo– que el Derecho constituye un conjunto de razones perentorias (es decir: tiene autoridad) para los ciudadanos, pero no para los jueces; afirmar, consecuentemente, que el Derecho sólo es obligatorio para los jueces *prima facie* es tanto –dice Bayón– como afirmar que el Derecho es una convención que se autoanula (Bayón 2002, pp. 66-69, donde se refiere, principalmente, a Raz 1994 y 1998).

ha incluido esa aceptación de ciertas normas morales racionales, lo cual supone, en mi opinión, admitir que tal aceptación es contingente y que se apoya en una última fuente de carácter social (ese mismo reconocimiento) (Bayón 2002, p. 70).

Si el positivismo incluyente sigue siendo positivismo –y no un nuevo criptoiusnaturalismo²⁷– quizá lo único que pretende afirmar es que cuando nos encontramos ante un sistema jurídico abierto de algún modo a la moral crítica, la determinación de validez de una norma *puede* presentar un carácter controvertido. En este sentido, sólo pondría en cuestión la tesis de la determinación objetiva de la validez de las normas.²⁸ Creo que la validez de las normas *puede* presentar un carácter controvertido en cualquier sistema jurídico y no sólo sobre la base de su confrontación con un punto de vista moral. Si esto es así –y luego me ocuparé con más detalle de ello– entonces el positivismo incluyente sólo dice que en sistemas en los que su(s) regla(s) última(s) de reconocimiento –sea(n) sólo como práctica social sea(n) incluso como norma(s) expresamente formulada(s) en las constituciones– ha(n) incluido la aceptación de ciertas normas morales racionales, la determinación de validez de las normas *puede* resultar *más* controvertible. No veo, con ello, una gran diferencia respecto al positivismo de Hart, se le llame como se le llame.²⁹

²⁷ Sospecho que sostener el positivismo incluyente como una tesis realmente distintiva y consistente requiere sostener, al mismo tiempo, algún tipo de cognoscitivismo moral (Bayón 2002, p. 74). En otro caso, la remisión de un sistema jurídico a la moral tendría que serlo a la moral positiva (que es un tipo de convención también cognoscible objetivamente) o a la moral crítica del juez que sería meramente subjetiva y, por tanto, discrecional. En ninguno de ambos supuestos se habría dado con ninguna conexión nueva entre el Derecho y la moral. Como ha señalado Luis Prieto, “la existencia de principios en un sistema jurídico no convierte a éste en ningún sucedáneo de la moralidad... Definicionalmente, los principios no garantizan la conexión del Derecho con la moral en el sentido de una moral buena o correcta, sino acaso únicamente la conexión con la llamada moral social mayoritaria o del grupo hegemónico, siempre más o menos presente en el orden jurídico” (Prieto 1998, p. 68). Prieto ha sostenido una posición firmemente crítica frente a la influencia de Dworkin, crítica que es aplicable al positivismo incluyente (Prieto 1992). Alfonso García Figueroa ha desarrollado esta posición crítica, en relación a las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy, a las que califica de “no positivismo principialista” en un excelente estudio (García Figueroa 1998).

²⁸ Santiago Sastre interpreta también que es la tesis de la identificación objetiva la que es cuestionada por el incorporacionismo, aunque para señalar que ello no constituye un problema para el positivismo: “no parece que haya ningún problema desde un enfoque positivista en reconocer la presencia de la ideología en el ámbito de la identificación del Derecho válido” (Sastre 1999, p. 84).

²⁹ Entre los representantes más destacados del positivismo incluyente se encuentran Neil MacCormick, Gerald Postema y Jeremy Waldron; creo que no hay objeciones en asimilar al positivismo incluyente el “soft positivism” de Hart; Frederick Schauer defiende un “positivismo presuntivo” que entiendo también asimilable al positivismo incluyente. En España ha defendido explícitamente esta posición José Juan Moreso (Moreso 2001); creo que podría incluirse

Entiendo que este aspecto se pone claramente de manifiesto en la propuesta de Frederick Schauer de un “*positivismo presuntivo*”; de acuerdo con Schauer el positivismo excluyente da cuenta adecuadamente de cómo operan la mayor parte de las normas jurídicas válidas (“*pedigreed norms*”) para los operadores jurídicos –esto es: como razones perentorias– pero, al mismo tiempo, admite que en cierto tipo de sistemas jurídicos (como el norteamericano) ocurre que las normas jurídicas válidas pueden ser derrotables cuando “pueden aportarse razones particularmente exigentes para no aplicarlas” (Schauer 1992, p. 203) y, por ello, que sólo operan como presunciones (refutables) de la decisión. Insiste Schauer, sin embargo, en que la idea de presunción de aplicabilidad no supone ningún especial punto de vista epistémico y que, por ello, resultan correctos tanto el punto de vista del positivismo convencional como el punto de vista de Dworkin, por cuanto describen dos supuestos distintos, y que “si denominamos o no denominamos “Derecho” a este tipo de factores de invalidación es una discusión que es en cierta medida terminológica” (ibídem, p. 205). Admitir que es una disputa terminológica sería, desde luego, disolver la discusión entre el positivismo excluyente y el positivismo incluyente pues, por lo que parece, su disputa se limita a considerar o no considerar como “Derecho” esos valores, principios o razones que, contingentemente, la regla de reconocimiento (explícita o no explícita) de unos determinados sistemas jurídicos puede admitir como test de la validez de sus normas.³⁰

Lo que, sin embargo, me parece de gran interés para poner fin a esta reflexión es preguntarnos adónde nos lleva una u otra concepción del Derecho.

también en ella a Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (Atienza y Ruiz Manero 1996). Sin embargo, más recientemente Manuel Atienza ha presentado una caracterización del “paradigma constitucionalista”, como concepción del Derecho, en doce rasgos –en forma similar a lo que hizo Llewellyn para caracterizar al movimiento realista- (Atienza 2001, pp. 309-310); este paradigma, al que Atienza se adhiere, se sitúa claramente en lo que García Figueroa denomina “no *positivismo* principalista” cuyos representantes más cualificados son Ronald Dworkin, Robert Alexy y, entre nosotros, Carlos S. Nino, principalmente en su obra póstuma (Nino 1994), donde se sitúa en una posición de inspiración dworkiniana tan abiertamente crítica con el positivismo que difícilmente podría considerarse positivista aun cuando –como en el caso del positivismo inclusivo– la vinculación de su concepción política del Derecho con su concepción epistémica de la democracia convierte a su teoría del Derecho en una teoría del “Derecho democrático”. También Atienza deja claro que el paradigma constitucionalista “desde el punto de vista político es claro que se trataría de una concepción que pretende dar cuenta (y de servir para) el Derecho de los Estados constitucionales” (ibídem, p. 309).

³⁰ Ángeles Ródenas ha defendido una cuidadosa reconstrucción del positivismo presuntivo de Schauer (Ródenas 2000).

3.4. ¿Por qué ser positivista?

Tal y como entiendo esta complicada polémica parece que el positivismo incluyente no niega la tesis de las fuentes sociales puesto que, en términos generales, admite que el que unos determinados sistemas jurídicos incluyan entre los criterios últimos de validez principios o valores morales racionales es, en todo caso, un hecho social contingente de carácter convencional; parece que tampoco niega la tesis de la separación puesto que admite que la conexión entre Derecho y moral es contingente y no necesaria, ya que la conexión que se afirma es tal que sólo se produce en determinados sistemas jurídicos y no en todos; pero, finalmente, parece que niega la tesis de la identificación objetiva porque, en este tipo concreto de sistemas jurídicos que incorporan la moral crítica como criterio de validez, la identificación de lo que es Derecho requiere un juicio moral genuino de modo tal que afirmar –en estos casos– que algo es Derecho es afirmar que es conforme con la moral racional o crítica, y afirmar que algo es inmoral es –en estos casos– negar que sea Derecho.

Me atrevería a decir que estos puntos de vista, que en principio sólo pretenden negar que el punto de vista positivista resulte adecuado a sistemas jurídicos civilizados, corren el riesgo de reincidir en el iusnaturalismo aunque sólo sea en un iusnaturalismo “local” o “relativo a ciertos contextos”. Pero, aun con estos límites, reinciden en el iusnaturalismo y, con ello, en su más grave problema, esto es: en lo que podríamos denominar la “justificación por defecto” del Derecho positivo. Esto es precisamente lo que convirtió al iusnaturalismo ontológico en una concepción conservadora muy similar, en sus conclusiones, a lo que más recientemente se ha llamado “positivismo ideológico”. Ello merece cierta explicación.

En una conferencia que Francisco J. Laporta pronunció en la Facultad de Derecho de la Universidad Ramón Llull -en invierno de 1997, invitado a participar en un Seminario que yo impartía– presentó la contraposición entre iusnaturalismo y positivismo (en forma esperpéntica, según él mismo hizo constar) en los siguientes términos:

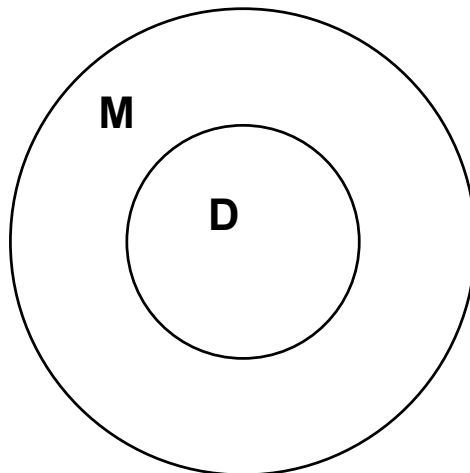
-(1) el iusnaturalismo ontológico establecería una afirmación sobre la moral y una conclusión sobre el Derecho: “*N no debe ser obedecida, luego N no es Derecho*”.

-(2) el positivismo ideológico establecería una afirmación sobre el Derecho y una conclusión sobre la moral. “*N es Derecho, luego N debe ser obedecida*”.

Aunque anoté los enunciados en esta forma, tal y como él los propuso, creo que la fuerza de su argumento queda más clara si hacemos explícita en ambos una matización que está sólo implícita. El postulado, en esperpento, del iusnaturalismo ontológico diría. “*N no debe ser moralmente obedecido,*

luego N no es Derecho”; el postulado, también en esperpento, del positivismo ideológico diría: “*N es Derecho, luego N debe ser moralmente obedecida*”. El primer postulado es, en efecto, típico del iusnaturalismo ontológico y ha sido mil veces reproducido en la forma: “*L es injusta (por lo que no debe ser obedecida), luego L no es Ley, sino corrupción de la Ley*”, tal y como fue enunciado por San Agustín y repetido por Santo Tomás. El segundo postulado es, sin embargo, menos frecuente y pocos son los positivistas que se han tomado en serio las pretensiones morales de una tautología como “*Gesetz ist Gesetz*”.

En ambos postulados se establece una conexión necesaria entre Derecho y Moral aunque la formulación parezca asimétrica pues el postulado iusnaturalista se enuncia negativamente y el postulado positivista se enuncia positivamente, pero el resultado es el mismo: *no todo lo que debe ser moralmente obedecido es Derecho aunque todo lo que es Derecho debe ser moralmente obedecido*. En el primer caso se afirma: “ninguna norma puede ser jurídicamente obligatoria si no es moralmente obligatoria, aunque hay normas moralmente obligatorias que no son jurídicamente obligatorias”; en el segundo caso se afirma: “toda norma jurídicamente obligatoria es moralmente obligatoria, aunque haya normas moralmente obligatorias que no son jurídicamente obligatorias”. Es decir que tanto el iusnaturalismo ontológico como el positivismo ideológico coinciden en que hay una zona de la moral que es independiente del Derecho pero que no hay ninguna zona del Derecho independiente de la moral. Hay, por tanto, obligaciones morales que no son obligaciones jurídicas pero no hay obligaciones jurídicas que no sean obligaciones morales. Lo que gráficamente podría representarse así:



Lo que aquellos enunciados de Laporta ponen de relieve es, precisamente, que las tesis del iusnaturalismo ontológico y las tesis del positivismo ideológico finalmente coinciden a la hora de dotar de una justificación moral al Derecho positivo. Las tesis del positivismo ideológico son, bajo un punto de vista moral, más toscas. Bobbio distinguió, a este respecto, cuatro argumentaciones típicas (la concepción escéptica o realista de la justicia al modo de Trasímaco, la concepción convencionalista de la justicia al modo de Hobbes, la concepción sacral de la autoridad al modo de la legitimación carismática y la concepción del Estado ético al modo de la derecha hegeliana) (Bobbio 1979, pp. 270-273).

Las tesis iusnaturalistas son, en este aspecto, más refinadas.³¹ Pero interesa señalar cómo llegan a la misma conclusión. Tomemos, por ejemplo, el influyente modelo de Fuller. En la medida en que admitimos que las ocho características morales se introducen en la definición del Derecho, cualquier sistema de normas que carezca de forma relevante de todas o algunas de las citadas características no es un sistema jurídico, no es Derecho. Puesto que el Derecho es un sistema de gran complejidad es más frecuente que, en relación con un sistema jurídico dado, podamos encontrar grandes sectores de normas que satisfacen aquellas ocho características junto a sectores -más o menos extensos y más o menos relevantes- de normas que no las satisfacen. En tal caso diremos que las normas que carezcan de forma relevante de todas o algunas de las citadas características no son leyes (no son normas jurídicas y no deben ser, por ello, obedecidas). Este sería el conocido supuesto de las “leyes que no son Derecho” (Radbruch 1971). Ahora bien, para todos los sectores de normas que satisfacen aquellas ocho características se deriva que está moralmente justificada la obligación de obedecerlas.³² Y lo que es más: puesto que cualquier sistema jurídico satisface esas condiciones de moralidad interna de forma necesaria -esto es: por necesidad conceptual, ya que si no lo hace no es Derecho- entonces todo sistema jurídico es acreedor moral de obediencia (Lyons 1989, p. 83). Lo cual es la conclusión (2) propia del positivismo ideológico.

Con no poca frecuencia, sin embargo, las tesis iusnaturalistas operan también con cierta tosquedad. Ello sucede cuando los juristas las invocan

³¹ Entre otras razones porque el iusnaturalismo escolástico distinguía un ámbito de autonomía del Derecho en las llamadas “*leges mere poenales*”.

³² Y ello sin tomar ahora en cuenta que las ocho características de moralidad interna requeridas por Fuller son -como ya señalé- moralmente mínimas. Por ejemplo, la norma penal que castigaba como delito de asociación ilegal el asociacionismo político en la España franquista reunía las ocho características de Fuller

como criterio general de carácter definicional (conceptual u ontológico) y a continuación las aparcan. Decía yo mismo hace ya veinte años:

“Bien pudiera, y aun quisiera, equivocarme pero creo que aquí convivían en santa alianza una muy antigua concepción del derecho natural con un muy formal positivismo. El profesor De Castro, por ejemplo, definía el derecho como reglamentación ordenadora de una comunidad legitimada por su armonía con el derecho natural. Afirmaba, consecuentemente, que una ley injusta era más bien «violencia» que «ley». Uno podía entonces buscar ansiosamente una confrontación de nuestro ordenamiento civil con los más altos cánones de la Justicia. Inútilmente. Podía encontrar la discusión del error técnico que suponía haber adjudicado en el Código a los límites de la propiedad la posición de servidumbres, con lo cual -decía De Castro- se desconocía su verdadera «naturaleza jurídica». Podía también encontrar la discusión del fundamento histórico o de la interpretación doctrinal de tal o cual institución o precepto, pero nunca encontraría la afirmación de que un precepto, por ser injusto o por no armonizar con el derecho natural, no fuese jurídico. Si todos eran, en consecuencia, jurídicos, todos eran justos” (Hierro 1981, pp 9-10).

A esto es a lo que llamo la “justificación por defecto”: siempre que no haya una evidencia de que la ley positiva contradice a la ley natural, siempre que no haya una rotunda razón moral para negar a una norma jurídica su carácter de Derecho válido, entonces –por defecto– resulta que la tal ley o la tal norma jurídica resultan automáticamente dotadas, en cuanto Derecho positivo, de obligatoriedad moral.³³ Y este tipo de justificación por defecto es el que conduce, habitualmente, al iusnaturalismo a las mismas conclusiones que el “positivismo ideológico”.

La gran virtualidad de la tesis de la separación no estriba, ni sólo ni principalmente, en la dudosa posibilidad de construir una Ciencia del Derecho meramente descriptiva y libre de valoraciones, sino en la posibilidad de mantener un punto de vista moral frente al Derecho positivo libre de determinaciones fácticas. Lo que me parece más trascendente es, precisamente, que nos permite “orillar... el peligro de que el derecho vigente pueda reemplazar a la moral como criterio final de conducta y escapar así a la crítica”

³³ Dworkin, por ejemplo, dedica una expresa atención a demostrar que la autorización de la pena de muerte por la legislación de algunos estados de la Unión no es Derecho válido conforme a la mejor interpretación de la Constitución de los Estados Unidos (Dworkin 1994, p. 4). Dejando ahora al margen los problemas que ello suscita desde el punto de vista de la “identificación” (de acuerdo con Dworkin, todos los que sostenemos que la pena de muerte *no debería* estar autorizada y que la anterior posición del Tribunal Supremo era una mejor interpretación de la Constitución, tenemos que sostener que la pena de muerte *no forma parte* del “Derecho de los Estados Unidos”, lo que no deja de ser llamativo), lo que ahora me interesa es señalar que, a falta de un similar escrutinio, se deriva “por defecto” que la libertad de comercio, la propiedad privada de medios de producción o el derecho a portar armas están revestidos de autoridad moral.

(Hart 1962, p. 10). Y esta advertencia vale para cualquier sistema jurídico; también para los sistemas jurídicos civilizados.

No tengo ninguna duda de que nuestros sistemas jurídicos –los sistemas jurídicos democrático-constitucionales, los “Estados de Derecho” en el sentido de Elías Díaz (Díaz 1966)– han positivizado principios morales racionalmente fundados y de pretensión universal; tampoco tengo ninguna duda de que ello tiene trascendencia en la identificación de lo que es Derecho válido y de que añade dimensiones éticas nuevas y más complejas en los procesos jurídicos de toma de decisiones (confrontación de las reglas con los principios, derrotabilidad de las reglas, etc.); tampoco tengo ninguna duda de que este tipo de sistemas jurídicos es moralmente acreedor de obediencia, al menos “prima facie”; pero no veo por qué todo ello implica abandonar o debilitar el positivismo metodológico. En definitiva, creo que la importancia de mantenerse dentro del paradigma del positivismo metodológico reside, parafraseando a Kant, en “cercenar a la razón jurídica especulativa, a la Ciencia del Derecho, su pretensión de conocimientos trascendentes... Tenemos que limitar la Ciencia del Derecho, para reservar un sitio a la moral”.³⁴

Como afirma Lyons:

“Nos quedamos con la siguiente conclusión: la existencia y el contenido del Derecho quedan determinados por factores que hacen que el Derecho esté sujeto a estimación moral, pero que no garantizan su valor moral. La relación entre el Derecho y los principios morales lógicos (si es que los hay) no es necesaria, sino contingente. En este sentido el Derecho es moralmente neutral” (Lyons 1989, p. 109).

La indicación de Juan Ruiz Manero, a la que ya he hecho referencia, me invita a señalar cuál es la diferencia entre la adhesión ética al positivismo jurídico que propuso Scarpelli y la adhesión, también ética, que yo propongo. En pocas palabras: Scarpelli propuso, con muy buenas razones, una adhesión por motivos éticos a lo que, en términos de Bobbio, llamamos “positivismo como teoría”; lo que yo he pretendido explicar es la relevancia ética de adherirse a lo que, usando los mismos términos, llamamos “positivismo metodológico”. Lo único que, por mi parte, he pretendido subrayar es

³⁴ La afirmación de Kant que parafraseo es la siguiente: “...tan pronto como se adquiere la convicción de que hay un uso práctico absolutamente necesario de la razón pura (el moral), en el cual ésta se amplía inevitablemente más allá de los límites de la sensibilidad; para ello no necesita, es cierto, ayuda alguna de la especulativa, pero sin embargo, tiene que estar asegurada contra su reacción, para no caer en contradicción consigo misma... Así pues, no puedo siquiera admitir Dios, la libertad y la inmortalidad para el uso práctico necesario de mi razón, como no cercene al mismo tiempo a la razón especulativa su pretensión de conocimientos trascendentes... Tuve pues que anular el *saber*, para reservar un sitio a la *fe*” (Kant [1781] 1979, pp. 17 y 19).

que la adhesión al positivismo metodológico no es sólo, ni principalmente, una opción de motivaciones y consecuencias epistemológicas y/u ontológicas sino que tiene, también y principalmente, motivaciones y consecuencias axiológicas. Del carácter de estas motivaciones fue perfectamente consciente Scarpelli. “Es verdad que la separación entre el derecho y la moral, entre el derecho y los valores a la luz de los cuales se evalúa el derecho, es esencial en el positivismo jurídico; sin embargo, es preciso ver que tal separación hunde sus raíces en un acto moral, en un acto político, en una valoración... En una palabra, *es la moral lo que separa el derecho de la moral*, es la moral a nivel de una elección general la que separa el derecho, la ciencia y la práctica del derecho, de la moral a nivel de las elecciones particulares frente a los contenidos del derecho.” (Scarpelli 2001, pp. 213-214; subrayado mío). Estas motivaciones y estas consecuencias son las que, en el debate actual, me parecen correr un serio riesgo; un riesgo que afecta, principalmente, a la independencia del punto de vista moral sobre el Derecho positivo, incluyendo -claro está- el Derecho positivo “civilizado”.

Por estas razones, y en este sentido, merece la pena ser positivista.

Bibliografía

- ALLEN, CARLETON K. (1969): *Las fuentes del Derecho inglés*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid (Orig: *Law in the Making*, The Clarendon Press, Oxford, 7ª edición, 1963; original de 1927)
- ATIENZA, MANUEL (1985): *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona
- (2001) *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona
- ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN (1996): *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona
- AUSTIN, JOHN (1971): [1832] *The Province of Jurisprudence determined*, edición de H.L.A. Hart, Weidenfeld and Nicolson, Londres
- BAYÓN, JUAN C. (1991): *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid
- (1996) *Partecipanti, osservatori e identificazione del diritto*, en Comanducci y Guastini (eds.) 1996, pp. 47-63
- (2002) *Derecho, convencionalismo y controversia*, en Navarro, Pablo E. y Redondo, M. Cristina (comps.) 2002, pp. 57-92
- BETEGÓN, JERÓNIMO y PÁRAMO, JUAN R. DE (eds.) (1990): *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Ariel, Madrid
- BOBBIO, NORBERTO (1977): *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milán
- (1979) *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto*, Giappichelli, Turín
- (1980) *Contribución a la teoría del Derecho*, edición de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres, Valencia

- BULYGIN, EUGENIO (1998): *Sobre observadores y participantes*, DOXA, n° 21, vol. 1, pp. 41-48
- CALSAMIGLIA, ALBERT (1997): *Teoría del participante versus teoría general del Derecho*, Anuario de Filosofía del Derecho, n° XIII-XIV, pp. 485-507
- CARRÍO, GENARO R. (1981): *Dworkin y el positivismo jurídico*, UNAM, México
- COLEMAN, JULES L. (1982): *Negative and Positive Positivism*, The Journal of Legal Studies, XI, pp. 139-164
- DÍAZ, ELÍAS (1966): *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid
- (1971) *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid
- DWORKIN, RONALD (1984): *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona (Orig: *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth & Co., Londres, 1977)
- (1994) *Hart's Posthumous Reply*, inédito
- FERNÁNDEZ GARCÍA, EUSEBIO (1987): *La obediencia al Derecho*, Civitas, Madrid
- FULLER, LON. L. (1981): *La moralidad del Derecho*, Trillas, México (Orig: *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1969)
- GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO (1998): *Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid
- GARCÍA GALLO, FEDERICO (1959): *Manual de Historia del Derecho español*, dos volúmenes, edición del autor, Madrid
- GARZÓN VALDÉS, ERNESTO (1990): *Algo más acerca de la relación entre el derecho y la moral*, DOXA, n° 8, pp.111-130
- (1998) *Derecho y moral*, en Vázquez, Rodolfo (ed.) 1998, pp. 19-55
- GONZÁLEZ VICÉN, FELIPE (1979): *La obediencia al Derecho*, Anuario de Filosofía del Derecho, n° XXIV, incluido luego en *Estudios sobre Filosofía del Derecho*, cit., pp. 365-398
- GUASTINI, RICCARDO (1999): *Conocimiento sin aceptación*, en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (Cuarta parte, Capítulo VII, pp. 388-412), Gedisa, Barcelona
- HART, HERBERT L. A. (1962): *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires
- (1977) *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires (Orig: *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961)
 - (1994) *Postscript*, en *The Concept of Law*, segunda edición, Clarendon Press, Oxford
- HERNÁNDEZ MARÍN, RAFAEL (1989): *Teoría general del Derecho y de la Ciencia jurídica*, Promociones y publicaciones universitarias, Barcelona
- HIERRO, LIBORIO L. (1981): *El realismo jurídico escandinavo*, Fernando Torres, Valencia
- (2002) *El concepto de justicia y la teoría de los derechos*, en Díaz, Elías y Colomer, José L. (eds.) 2002, pp. 11-73
- HUDSON, W.D. (1974): *La filosofía moral contemporánea*, Alianza, Madrid
- JORI, MARIO (2001): *Uberto Scarpelli y el iuspositivismo*, en Scarpelli 2001, pp. 37-55

- KANT, IMMANUEL (1979): [1781] *Crítica de la razón pura*, edición de Francisco Larroyo, Porrúa, México
- LAPORTA, FRANCISCO J. (1990): *Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista*, Doxa, n° 8, pp. 131-147
- (1993) *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México
- LOSANO, MARIO G. (1982): *Los grandes sistemas jurídicos*, Debate, Madrid
- LYONS, DAVID (1989): *Ética y Derecho*, Ariel, Barcelona
- MACCORMICK, NEIL y WEINBERGER, OTA (1986): *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Pub. Co. (Kluwer), Dordrecht
- MAIHOFFER, WERNER (ed.) (1962): *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt
- MORESO, JOSÉ JUAN (2001): *In Defense of Inclusive Legal Positivism*, en *Diritto & questioni pubbliche*, n° 1, pp. 99-120 (<http://dirittoquestionipubbliche>) (Hay versión castellana publicada en Navarro, Pablo E. y Redondo, M. Cristina (comps.) 2002, pp. 93-116)
- NAVARRO, PABLO E. y REDONDO, M. CRISTINA (compiladores) (2002): *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona
- NINO, CARLOS S. (1994): *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona
- PASSERIN D'ENTRÈVES, ALESSANDRO (1954): *La dottrina del diritto naturale*, Edizioni di Comunità, Milán
- PECES-BARBA, GREGORIO (1983): *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid
- PRIETO, LUIS (1992): *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid
- (1998) *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid
- RADBRUCH, GUSTAV (1941): *La natura delle cose como forma giuridica di pensiero*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n° XXI, pp. 145-156
- (1971) *Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes*, en Radbruch, Gustav; Schmidt, Eberhard y Welzel, Hans, *Derecho injusto y Derecho nulo*, Aguilar, Madrid 1971, pp. 1-22
- RAWLS, JOHN (1971): *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford (Traducción española: *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1979)
- RAZ, JOSEPH (1982): *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, UNAM, México (Orig: *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979)
- (1994) *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Clarendon Press, Oxford
- (1998) *Postema on Law's Autonomy and Public Practical Reason: A Critical Comment*, en *Legal Theory*, n° 4, pp. 1-20.
- RÓDENAS, ANGELES (2000): *Razonamiento judicial y reglas*, Fontamara, México
- ROSS, ALF (1961): [1951] *Tü-Tü*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires
- (1961) *Validity and the conflict between Legal Positivism and Natural Law*, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, n° 4, pp. 46-93, incluido en Ross 1969

- (1963) *Sobre el Derecho y la Justicia*, EUDEBA, Buenos Aires (Orig: *On Law and Justice*, Stevens & Sons, Londres, 1958)
 - (1969) *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires
- RUIZ MIGUEL, ALFONSO (1997): *Derecho y punto de vista moral*, Anuario de Filosofía del Derecho, n° XIII-XIV, pp. 571-597
- SASTRE, SANTIAGO (1999): *El positivismo jurídico y el punto de vista interno*, en Revista de las Cortes Generales, n° 48, pp. 71-88.
- SCARPELLI, UBERTO (2001): *¿Qué es el positivismo jurídico?*, Cajica, Puebla (México) (Orig: *Cos'è il positivismo giuridico?*, Edizioni di Comunità, Milán, 1965)
- SCHAUER, FREDERICK (1992): *Playing by the rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*, Clarendon Press, Oxford
- SERAFINI, FELIPE (1927): [1858] *Instituciones de Derecho Romano*, dos volúmenes, Espasa Calpe, Madrid
- SHINER, ROGER A. (1992): *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*, Clarendon Press, Oxford
- SOPER, PHILIP (1993): *Una teoría del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (Orig: *A Theory of Law*, Harvard University Press-Cambridge University, Londres, 1984)
- VÁZQUEZ, RODOLFO (ed.) (1998): *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona
- WALUCHOW, WIL J. (1994): *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford

