

EL SENTIDO DEL POSITIVISMO JURÍDICO (II): EL POSITIVISMO JURÍDICO PRESCRIPTIVO COMO UN DERECHO HUMANO

Tom Campbell

Universidad Charles Sturt, Canberra

RESUMEN. Continúa aquí defendiéndose el iuspositivismo “prescriptivo” o “ético” ya esbozado en la primera parte de este artículo (*Doxa*, núm 25): entender el iuspositivismo como una teoría normativa (no conceptual ni descriptiva) sobre la *forma* del Derecho como gobierno de reglas claras y precisas empíricamente aplicables sin recurrir a opiniones morales. Ahora se muestra cómo lo anterior constituye un derecho humano vinculado a la democracia y a la igualdad: los derechos humanos incorporan la idea del imperio de la ley, pero de la ley positiva en ese sentido formal. En consecuencia, la tarea de articular los derechos humanos es de los gobiernos y los parlamentos, no de los tribunales ni de la Constitución, siendo el control judicial sustantivo sobre las leyes algo básicamente antidemocrático. Por último, la disputa conceptual entre el iuspositivismo incluyente y el excluyente debe reformularse como una disputa moral y política sobre qué órgano ha de determinar el contenido de las reglas y sobre si la regla de reconocimiento debe o no contener criterios morales.

ABSTRACT. “Prescriptive” or “ethical” legal positivism, which was outlined in the first part of this article (*Doxa*, No. 25), is now further argued for. Positivism should be regarded as a normative (rather than conceptual or descriptive) theory as to what a legal system ought to be like *formally*, namely, the governance of clear and specific rules that can be empirically applied or followed without recourse to moral contentions. Now it is argued how the latter amounts to a human right associated with democracy and equality: what is embedded in human rights is not just any rule of law but the rule of positive law in such formal sense. As a consequence, the responsibility for implementing human rights is a task for governments and legislatures, not courts nor the Constitution—substantive judicial review of legislation being fundamentally undemocratic. Finally, conceptual disputes between inclusive and exclusive legal positivists should be re-expressed as moral and political disputes about which body should determine the content of rules and about whether or not the rule of recognition *should* contain moral criteria within it.

Este trabajo desarrolla mi artículo “El sentido del positivismo jurídico”¹, en el que intenté esbozar y defender, tal vez sin mucha fortuna, una versión del positivismo jurídico denominada “positivismo ético”². La tesis de aquel artículo es que la fuerza del positivismo jurídico, y las razones por las que ha sido aceptado o rechazado, tienen más que ver con el atractivo de sus (a menudo implícitas) prescripciones sobre cómo un sistema jurídico debería ser formalmente, que con su superioridad ya sea como un análisis moralmente neutral del concepto de Derecho o como una descripción correcta de cómo funcionan realmente los sistemas jurídicos. Dicho de otra manera, el sentido del positivismo jurídico es principalmente prescriptivo, más que conceptual, descriptivo o explicativo³. Sugiero, además, que lo persuasivo del análisis conceptual iuspositivista, excepto en el nivel más general y abstracto, recibe mucha de su fuerza de su motivación prescriptiva, y que su contribución descriptiva a menudo se refiere a la realizabilidad más que a la realidad de un sistema de Derecho que se ajuste a las prescripciones de los iuspositivistas.

He de decir que yo no intento sostener esta tesis como una postura en el terreno de la socio-psicología del pensamiento. Explorar qué sea en concreto lo que motiva a los iusfilósofos y lo que determina cómo son recibidas sus teorías por distintos auditorios no es mi tarea principal. Pero sí creo, sin embargo, que las posturas analíticas y descriptivas de Hobbes⁴, Kant⁵,

¹ Tom Campbell, “The Point of Legal Positivism”, 9 *King’s College Law Review*, 1999, 63-87, donde sostengo que “es esclarecedor y fructífero considerar el positivismo jurídico como una teoría normativa que trata de determinar qué debe ser el Derecho, no respecto de su contenido, sino respecto de su forma” (“El sentido del positivismo jurídico”, 25 *Doxa*, 2002, 303-331, traducción de Ángeles Ródenas).

² Tom D. Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism*, Aldershot: Dartmouth, 1996.

³ Esta es una postura poco frecuente como para ser reconocida, y menos aún defendida, por los positivistas jurídicos contemporáneos. No obstante, véanse dos ensayos en Jules Coleman (ed.), *Hart’s Postscript*, Oxford University Press, 2001: Liam Murphy, “The Political Question of the Concept of Law”, y Jeremy Waldron, “Normative (or Ethical) Positivism”. Es señalada por Ronald Dworkin, en *Law’s Empire* (Fontana, 1984), pero casi universalmente rechazada por los positivistas jurídicos, quizás porque es vista como un cáliz envenenado, ya que Dworkin sostiene que el positivismo jurídico debe ser lo que él llama una teoría “interpretativa” del Derecho.

⁴ Véase Mark C. Murphy, “Was Hobbes a Legal Positivist?”, 105 *Ethics*, 1995, 846-873.

⁵ Jeremy Waldron, “Kant’s Legal Positivism”, 109 *Harvard Law Review*, 1996, 1535-1566.

Bentham⁶, y quizás de Kelsen⁷, Hart⁸ y Raz, no sólo son aceptadas, sino que son más o menos aceptables, principalmente por su atractivo moral; y que en algunos casos están claramente motivadas por cómo sus autores conciben los beneficios de sistemas jurídicos que se ajusten a un modelo positivista. Aunque no todos los iuspositivistas lleven sus valores en la manga al modo de Jeremy Bentham, los esquemas que desarrollan y presentan, a menudo en el discurso en apariencia moralmente neutral de conceptos y descripciones, típicamente deben más de lo que ellos dicen a una visión del Derecho cargada de valor.

Sin embargo, mi propósito está más orientado al futuro que a la historia. En mi opinión, la contribución potencial que el positivismo jurídico puede hacer a los debates constitucionales y jurídicos actuales está siendo constantemente minusvalorada debido a su a menudo autoimpuesto disfraz de enfoque del Derecho moralmente neutral, enraizado en análisis conceptual objetivo (o sea, moralmente neutral) dirigido a captar o el concepto mismo de Derecho o el núcleo descriptivo de lo que es un sistema jurídico. Pero el positivismo jurídico siempre ha sido en parte, y puede llegar a serlo más completamente, un vehículo para la articulación de una particular concepción del Derecho como el gobierno mediante reglas, el cual, cuando se asocia con el ideal democrático de la igualdad política, proporciona un ingrediente crucial en los mejores modelos de gobierno que tenemos disponibles.

Es más: esta asociación –entre democracia y el gobierno de reglas– no es una alianza casual sino una estrecha interrelación. Por una diversidad de razones esbozadas en “El sentido del positivismo jurídico”, la democracia *requiere* el gobierno de reglas. La democracia requiere el gobierno de reglas porque no hay otra manera en que la gente pueda realmente aproximarse a la determinación de las normas autoritativas de conducta, y por tanto a lo que ocurre en su sociedad. Por otro lado, muchos de los argumentos a favor del gobierno de reglas presuponen la existencia de democracia en alguna medida, al menos para contrarrestar la observación de Hart de que el gobierno mediante reglas es compatible con una enorme maldad⁹. Los argumentos a favor del gobierno de reglas, tales como el de las expectativas estables y el de la facilitación de la cooperación, presuponen que la fuente autoritativa de tales reglas es un proceso democrático. Juntando ambas tesis obtene-

⁶ Véase Gerald J. Postema, “The Expositor, the Censor, and the Common Law”, *IX Canadian Journal of Philosophy*, 1979, 643-670.

⁷ Véase Stanley L. Paulson, “The Neo-Kantian Dimension of Kelsen’s Pure Theory of Law”, *12 Oxford Journal of Legal Studies*, 1992, 312-332.

⁸ Véase Liam Murphy, *supra*, nota 3.

⁹ H.L.A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *71 Harvard Law Review*, 1957/58, 593-629.

mos un modelo que podría llamarse “positivismo (jurídico) democrático”, aunque esta etiqueta no muestra adecuadamente la tesis subyacente de que el iuspositivismo es operativamente dependiente de la implementación del iuspositivismo¹⁰.

La etiqueta alternativa –“positivismo ético”– es, quizá, comunicativamente desafortunada, en la medida en que sugiere que se trata de una teoría sobre la ética más que una teoría ética del Derecho¹¹. Pero tiene la ventaja de indicar de qué tipo son algunas de las valoraciones morales que forman parte integrante y esencial del positivismo jurídico prescriptivo. Se trata de valoraciones morales de sistemas institucionales complejos en los que los participantes humanos tienen roles definidos en términos de normas y fines que justifican la existencia de dichos roles. Cualquier teoría social y política que se ocupe de las ventajas y desventajas de tener sistemas autoritativos de conducta obligatoria es una empresa moral y empírica que, sin impropiedad lingüística, puede denominarse “ética”. Pero hay un sentido más específico de “ético” que se refiere a ese aspecto del comportamiento moral relativo a la descripción y realización de la conducta de quienes tienen un conjunto específico de derechos y deberes a los que llamamos roles sociales. Roles de este tipo son un elemento esencial del Derecho en la medida en que el Derecho es, paradigmáticamente, un sistema institucionalizado de gobierno de reglas en el que podemos identificar las contribuciones distintivas de los creadores, los aplicadores, y los ciudadanos destinatarios de las reglas.

Al mostrar los méritos del positivismo jurídico como un tipo de sistema jurídico, en el particular enfoque prescriptivo que yo defiendo, es necesario especificar que es un deber de los creadores de Derecho legislar reglas claras y precisas que puedan ser aplicadas por los tribunales y obedecidas por los ciudadanos sin recurrir a opiniones morales u otras consideraciones especulativas; que es un deber de los aplicadores de reglas (término genérico para los jueces y tribunales) aplicar dichas reglas a circunstancias particulares sin la intromisión de sus propios intereses personales u opiniones morales; y que es un deber de los ciudadanos destinatarios de las reglas seguir dichas reglas en el mismo espíritu en que son o serían aplicadas por los órganos aplicadores incluso cuando estén en desacuerdo con su contenido. Desde esta perspectiva, el positivismo jurídico es una teoría ética del Derecho porque tiene ese impacto directo sobre la moralidad de rol de los jugadores en una

¹⁰ Tom Campbell, “Legal Positivism and Deliberative Democracy”, 51 *Current Legal Problems*, 1998, 65-92.

¹¹ Waldron prefiere “positivismo normativo”; pero esto lleva a su confusión con aquellas teorías positivistas –normativistas que enfatizan que ellas tratan de normas y no de hechos, sin ser en realidad moralmente prescriptivas.

comunidad política gobernada por el Derecho. Este es el modelo de gobierno mediante reglas que constituye el núcleo de la versión que yo defiendo del positivismo jurídico prescriptivo¹².

Hay una desventaja en la terminología de positivismo “ético” que deriva del aura algo débil de “ética” como un término que evoca, al menos en parte, un cierto sabor de los aspectos de la moralidad que son menos exigentes, menos imperativos, que tienen más que ver con las minucias de la conducta profesional que con los valores fundamentales de la vida social y política. “Ética” tiene el aire de una moralidad algo decadente. El positivismo jurídico padece esta asociación. La imagen peyorativa del positivismo jurídico lo presenta como que adolece de una concepción empobrecida de la ética jurídica, ensimismado con las sutilezas del Derecho: cuestiones técnicas de procedimiento y de dogmática jurídica de las que se ocupan juristas profesionales que ignoran la justicia o injusticia de lo que realmente está ocurriendo en los tribunales y en las comisarías de policía. El iusnaturalismo parece ofrecer un enfoque moralmente más robusto del Derecho, como la persecución de la corrección moral más que la pedantería del análisis jurídico. No es solo por razones de estilo literario por lo que Dworkin, por ejemplo, resulta más inmediatamente atractivo como iusfilósofo que, por ejemplo, Raz.

Esta percepción del positivismo jurídico como la base para una ética profesional provinciana es un desastre de relaciones públicas para el iuspositivismo que puede combatirse mediante la afirmación de la importancia moral fundamental del modelo positivista de Derecho como la base para una vida civilizada y democrática. El gobierno de reglas no es una retirada hacia la pedantería sino el fundamento necesario para una comunidad política que incorpore el ideal de igual consideración y respeto que los lectores de Dworkin han venido a asociar con una ética de la adjudicación que en realidad socava la igualdad política al requerir que los aplicadores de reglas sean creadores de reglas. Esta es la razón por la cual me propongo, en este artículo, presentar el positivismo jurídico prescriptivo en términos de derechos humanos, la retórica moral más poderosa que actualmente poseemos. Si el positivismo jurídico es un derecho humano, entonces es no sólo moralmente prescriptivo, sino moralmente importante.

¹² La concepción de “regla” implicada en este análisis incorpora nociones de específicas generalizaciones prescriptivas atrincheradas, que sirven para excluir otras consideraciones del proceso de decisión en cuestión. Véase Frederick Schauer, *Playing By the Rules*, Oxford University Press, 1991; Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, London: Hutchinson, 1975; Larry Alexander y Emily Sherwin, *The Rule of Rules*, Duke University Press, 2001.

Afirmar que el positivismo jurídico es un derecho humano reproduce la ambigüedad de “positivismo jurídico” como, por un lado, una teoría jurídica y, por el otro, un tipo de sistema jurídico. Es, por supuesto, a esto último a lo que me refiero cuando sugiero que debemos ver el positivismo jurídico como un derecho humano. La tesis aquí es que existe un derecho humano a vivir bajo un sistema jurídico de estilo positivista en el que las reglas gobiernen, una vez que hayan sido autorizadas mediante un proceso democrático. Con todo, afirmar que el positivismo jurídico, como un tipo de sistema jurídico, es un derecho humano, supone reiterar la tesis de que el positivismo jurídico, como un tipo de teoría jurídica, es una teoría ética/moral/prescriptiva, y reiterarlo de una forma poderosa y contundente.

Fundamentar la tesis de que el positivismo jurídico ha de verse como un derecho humano comporta una primera etapa más fácil y una segunda etapa más difícil. La primera y más fácil etapa demuestra cuán profundamente está incorporada la idea del imperio de la ley [*the rule of law*] en el discurso de los derechos humanos. La segunda y más difícil etapa intenta fundamentar que lo que los derechos humanos requieren no es simplemente cualquier imperio de la ley, sino el imperio de la ley positiva [*the rule of positive law*]. Esto último también es relativamente sencillo en la medida en que las razones por las que el imperio de la ley es inseparable de los derechos humanos son razones que también sirven para fundamentar que sólo el imperio de la ley positiva puede satisfacer las exigencias de los derechos humanos. Esto lleva a abordar a continuación las consecuencias de considerar al positivismo jurídico como un derecho humano (o un haz de derechos humanos). Aunque para algunos pueda parecer una paradoja, una de sus claras implicaciones es la de que la responsabilidad de articular e implementar los derechos humanos es primariamente una tarea de los gobiernos y de los parlamentos, no de los tribunales. Esto no puede sorprender, sin embargo, a quienes ven el control judicial sustantivo sobre la acción de los legislativos electos como algo básicamente antidemocrático.

Una vez sentado este punto de vista, el artículo concluye con algunos ejemplos de cómo algunas disputas conceptuales aparentemente irresolubles de la teoría del Derecho pueden reformularse de forma más comprensible como disputas morales y políticas acerca de qué tipo de sistema jurídico es preferible. Así, disputas conceptuales sobre si los legisladores y los tribunales “tienen que” pretender que sus acciones están moralmente justificadas se convierten en disputas normativas sobre qué órgano institucional tiene el derecho y/o el deber moral de determinar el contenido de las reglas vinculantes. Y el intratable desacuerdo conceptual entre positivistas incluyentes y excluyentes se convierte en una disputa moral y constitucional sobre si una jurisdicción debe o no debe tener una regla de reconocimiento para identifi-

car reglas vinculantes de primer orden y sobre si tal regla de reconocimiento debe o no contener criterios morales.

El imperio de la ley positiva como un derecho humano

Partiendo de que la teoría del positivismo jurídico es una recomendación razonada de que el gobierno se lleve a cabo mediante reglas de mandato firmes (no reglas abiertas) que sean suficientemente claras, específicas y empíricamente aplicables para servir como base eficaz para el control y la coordinación de la conducta, la hipótesis a explorar es la de que el estar sometido a una gobernación obligatoria es un derecho humano sólo si esa gobernación satisface esos estándares formales. Esta hipótesis puede someterse a prueba contrastándola con el contenido del Derecho positivo de los derechos humanos, bien en la forma del Derecho internacional de los derechos humanos o bien en la forma de las tablas de derechos de las constituciones nacionales. Ambos nos dan un fácil acceso a derechos ampliamente definidos a los derechos procesales y legales apropiados según los cuales la acción de gobierno ha de estar conforme con leyes promulgadas y con su determinación por tribunales imparciales. Las exigencias de “el derecho al juez natural”, “el debido proceso” y “el imperio de la ley” son parte manifiesta del Derecho positivo de los derechos humanos.

Incluso si aceptamos –lo cual no es indiscutible– que el Derecho positivo de los derechos humanos es una guía adecuada para los derechos humanos moralmente concebidos, ello no nos conduce concluyentemente a la versión iuspositivista del imperio de la ley. De hecho, para algunos la plausibilidad de ver el imperio de la ley como un derecho humano bien pudiera derivarse de la aceptación de una concepción amplia del “imperio de la ley” que incorpore valores sustantivos además de formales, de modo que pueda considerarse que el imperio de la ley incluye, por ejemplo, la prohibición de “penas inhumanas o degradantes” y la protección del derecho de libertad de expresión. Esa versión sustantiva del imperio de la ley establece conceptualmente que el imperio de la ley es un derecho humano, pero no de un modo que reconozca el ideal positivista del imperio de la ley.

Si abandonamos las concepciones inflacionistas sustantivas del imperio de la ley y nos concentramos en estrictas versiones formales, quedan claras conexiones contingentes entre el imperio de la ley y otros derechos humanos. Así, el imperio de la ley en sentido formal puede verse como un derecho humano instrumentalmente, por la protección que proporciona contra la interferencia arbitraria en la libertad, propiedad y privacidad de todas las

personas¹³. Por otra parte, puede argumentarse que esa versión formal constituye un caso de valores o derechos humanos intrínsecos, en la medida en que supone una violación de la dignidad humana el hecho de ser sometido a una intervención coactiva en ausencia de reglas preexistentes cuya interpretación y aplicación pueda ser impugnada respecto de las circunstancias particulares que se invocan para legitimar dicha intervención¹⁴.

Lo anterior parece relativamente indiscutible en relación con la responsabilidad penal y el derecho a un juicio justo, esferas en las que la existencia previa de reglas adecuadamente claras y precisas es universalmente reconocida como un derecho humano. Pero, ¿hasta qué punto fundamenta la existencia de un derecho humano *en general* a tener reglas específicas unívocamente claras y objetivamente aplicables? Esto suscita la cuestión más amplia de la función social generalizada de las reglas para promover la previsibilidad, confianza y justicia de las interacciones sociales de un modo que conduzca a la seguridad humana y a la beneficiosa cooperación a gran escala, y por tanto a los derechos humanos tanto civiles como económicos. Esto es lo bastante contingente como para dudar de que exista un derecho humano a estar protegido frente a toda coerción no arbitraria, pero permite construir un poderoso argumento a favor de un derecho humano al positivismo jurídico en relación con los intereses principales protegidos por los derechos humanos generalmente aceptados.

¹³ El positivismo jurídico prescriptivo puede leerse en todos los artículos típicos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que utilizan el término “arbitrariamente”, tales como el art. 9, “Nadie podrá ser sometido arbitrariamente a arresto, detención o exilio”; el art. 12, “Nadie podrá ser sometido a interferencias arbitrarias en su privacidad, familia, domicilio o correspondencia, ni a ataques a su honor y reputación”; el art. 15.2, “A nadie se le podrá privar arbitrariamente de su nacionalidad...”; o el art. 17.2, “A nadie se le podrá privar arbitrariamente de su propiedad”. De modo similar, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: art. 6, “Todo ser humano tiene el derecho intrínseco a la vida. El Derecho lo protegerá. Nadie podrá ser privado arbitrariamente de su vida”; art. 9, “Todos tienen derecho a la libertad y a la seguridad en su persona. Nadie podrá ser sometido a arresto o detención arbitraria”; art. 14.3, “En la determinación de cualquier acusación penal en contra, todos tienen derecho a... ser informados con prontitud y en detalle, y en un idioma que entiendan, del carácter y la causa de los cargos contra él”. Cabe encontrar interpretaciones positivistas relevantes de tales disposiciones en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como por ejemplo en *Kurt v. Turkey* (1998) 27 EHRR 373; *Amuur v. France* (1992) 22 EHRR 533: “cuando un ordenamiento jurídico nacional autorice la privación de libertad, ha de ser suficientemente comprensible y preciso, de modo que se evite todo riesgo de arbitrariedad”; y *Miloslavsky v. United Kingdom*, (1995) 20 EHRR 442.

¹⁴ Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1969, aunque auspiciando lo que él denomina un modelo procedimental de Derecho Natural, puede tomarse como que está demostrando la violación de la dignidad implicada en la arbitrariedad, en el sentido de gobernación no gobernada por reglas.

También para demostrar la relevancia como derecho humano del gobierno mediante reglas, podemos acudir a lo que de muchas maneras constituye la base valorativa de los derechos humanos: la igualdad humana. Qué sea en concreto lo que significa la igual valía de los seres humanos será algo a discutir, pero en todo caso está claro que comporta prohibiciones de discriminación sobre la base de criterios moralmente irrelevantes y socialmente fracturadores como la raza, la religión, el género o la edad. Aunque esos objetivos de igualdad pudieran alcanzarse mediante una exigencia antidiscriminatoria general del tipo “igual protección del Derecho”, eso sería claramente inferior en términos de eficacia en comparación con reglas más específicas que explícitamente prohibieran clasificaciones sospechosas empíricamente identificables.

Para completar este breve bosquejo de las muchas maneras en que el positivismo jurídico y los derechos humanos están conectados, se puede argumentar que los derechos democráticos fundamentales de autogobierno exigen que las opciones democráticas se tomen en términos relativamente precisos, o de lo contrario la noción de toma democrática de decisiones quedaría considerablemente vaciada. Esto incluye el requisito de que los gobiernos operen mediante la promulgación de reglas lo bastante precisas y claras como para que los votantes puedan determinar si aquellos están actuando o no según sus deseos. Para una genuina democracia los votantes tienen que poder elegir, aunque sea indirectamente, las reglas y no sólo a quienes las hacen.

Aunque resulte bastante sencillo ligar al imperio de la ley positiva con los derechos humanos, y perfectamente plausible sostener que los argumentos para ello son más interesantes (por ser menos tautológicos) y más persuasivos (por prometer resultados concretos) si es una versión iuspositivista del imperio de la ley lo que tenemos en mente, ¿qué sentido tiene sostenerlo? Mi intención aquí es ante todo defender en una forma extrema la tesis de que hay poderosos argumentos morales y políticos para adoptar el positivismo jurídico como parte esencial de cualquier sistema político aceptable.

Cabe pensar, sin embargo, que esta tesis del derecho humano deja rehenes en poder de los oponentes del positivismo jurídico prescriptivo. Los iuspositivistas conceptuales y los iusnaturalistas podrían unir sus fuerzas para argumentar que presentar al positivismo jurídico como un derecho humano nos compromete a proteger al imperio de la ley mediante mecanismos constitucionales. Más aún, podría argumentarse que un derecho constitucional al imperio de la ley positiva tiene que ser interpretado mediante una apreciación de las razones morales que lo hacen ser un derecho humano. En este caso, como en otros intentos de decir algo interesante en el discurso del po-

sitivismo jurídico, parecería haber desembocado en una autocontradicción, esta vez al dar un papel explícito a los derechos morales en el Derecho.

Puedo evitar esta derrota autoinfligida bien repudiando la constitucionalización de los derechos humanos como algo incompatible tanto con el iuspositivismo como con la democracia, o bien demostrando que, si tuviera que existir un derecho constitucional al positivismo jurídico, ese derecho podría formularse de un modo empíricamente aplicable que no requiera referirse a sus fundamentos morales, asegurando así sus credenciales positivistas. De hecho, el derecho a estar gobernado por reglas claras, específicas, prospectivas, y que sea posible seguirlas en la práctica, es un derecho tan claro, específico, prospectivo, y posible de seguir en la práctica, como la mayoría de las leyes que satisfacen sus criterios¹⁵. Dejando esto aparte, también sostendré que, en parte porque hay un derecho humano al positivismo jurídico, la manera moralmente aceptable de implementar los derechos humanos es mediante legislación de derechos humanos y no mediante tablas de derechos constitucionales judicialmente aplicables utilizadas para el control judicial de la legislación.

Tengo otro motivo filosófico más doméstico, sin embargo, y es el de insuflar un tipo de vida diferente en el debate académico contemporáneo dentro del positivismo jurídico, sugiriendo que muchos de los debates en apariencia puramente conceptuales que absorben a un pequeño pero significativo número de muy privilegiadas mentes son debates conceptualmente irresolubles, a veces carentes de sentido, y normalmente de escasa relevancia práctica. Sin embargo, muchos de estos abstractos y distanciados debates pueden reformularse como desacuerdos normativos acerca del tipo de sistemas jurídicos que son preferibles en una democracia moderna. De hecho, yo sugiero que la intensidad de estas disputas teóricas está en realidad alimentada por esos desacuerdos morales subyacentes y en amplia medida no expresados. Sacar esto al descubierto podría convertir lo que

¹⁵ Para un ejemplo de cómo podría ser esa formulación, véase la disposición “constitucional” pero no atrincherada de la Ley de Estándares Legislativos de 1992 (Queensland, Australia), que establece ciertos “principios legislativos fundamentales” para asegurar que la legislación de Queensland sea “del más alto nivel”, principios que han de ser promovidos a través de la Oficina del Consejo Parlamentario de Queensland. “Son los principios relativos a la legislación que subyacen a la democracia parlamentaria basada en el imperio de la ley”... que “la legislación tenga suficiente consideración hacia (a) los derechos y libertades de los individuos; y (b) la institución del Parlamento”. Los ejemplos enumerados de tales principios incluyen evitar una indebida dependencia únicamente del poder administrativo, el derecho al juez natural predeterminado por la ley, el carácter delegado del poder administrativo, la carga de la prueba en los procesos penales, estrictas restricciones en las órdenes de entrada y registro, evitar la autoinculpación, excluir la retroactividad, y, de manera importante, que la legislación (artículo 3.4) “sea no ambigua y esté redactada de un modo suficientemente claro y preciso”.

cada vez parece más un callejón sin salida intelectual en el terreno para un debate significativo.

Enfatizar la dimensión prescriptiva del positivismo jurídico, y de la filosofía jurídica en general, no significa negar la necesidad de cuidadosos análisis conceptuales. Todo lo contrario. La iusfilosofía analítica ha sacado a la luz muchas distinciones que son enormemente útiles, por ejemplo, para articular posturas normativas. Tampoco es negar la relevancia que posee la iusfilosofía analítica para proyectos empíricos y explicativos que nos ayuden a comprender mejor la naturaleza de los sistemas jurídicos. De hecho, los debates normativos implicados en la defensa del positivismo jurídico presuponen la realizabilidad empírica del gobierno de reglas. Los modelos normativos de Derecho tienen que mostrar que son practicables, y la causa moral a favor del gobierno de reglas incluye muchos argumentos consecuencialistas que son inseparables de la prueba empírica que presupone un aparato conceptual descriptivamente adecuado. Pero esas cuestiones empíricas se plantean en virtud de exigencias normativas, de modo que la importancia de aquellas no puede utilizarse para desplazar la relevancia de éstas.

El debate incluyente/excluyente

Los términos del debate incluyente/excluyente fueron establecidos por Dworkin en su crítica al “modelo de reglas” de Hart¹⁶. La tesis de Dworkin era inicialmente empírica, la de que los sistemas jurídicos reales incluyen principios morales. Esto lo desarrolló después en una postura más radical, la de que el carácter moral del proceso de interpretación jurídica es tal que no puede haber aplicaciones moralmente neutras de reglas. La respuesta final de Hart a esta crítica fue admitir que los sistemas jurídicos pueden incluir principios morales (postura entonces llamada iuspositivismo “blando” y ahora “incluyente”) y negar que él jamás hubiera sostenido que una regla de reconocimiento no puede incluir criterios morales (postura entonces llamada iuspositivismo “duro” y ahora “excluyente”)¹⁷. Esta admisión, en opinión de Hart, no socavaba su objetivo de entender los sistemas jurídicos modernos como una combinación de reglas de primer orden aplicables directamente a la conducta ordinaria y reglas de segundo orden relativas a la creación, cambio y aplicación de las reglas de primer orden. *The Concept of Law*, afirmó Hart, no estaba pensado para tratar del objetivo filosófico de Dworkin, que era la justificación del gobierno coactivo.

¹⁶ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1977. Terminologías alternativas son “incorporación” (Coleman) y “blando” (Hart) para el positivismo incluyente.

¹⁷ H.L.A. Hart, “Postscript”, en *The Concept of Law*, 2ª edición, 1994, editada por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz.

Yo sostengo en otro lugar que Hart, sin renunciar a la consistencia con el tenor de la primera edición de *The Concept of Law*, y con la mayor parte del resto de su obra, no necesitaba adoptar esa línea de defensa¹⁸. Aunque difícilmente podía haber negado que algunas normas jurídicas en todos los sistemas jurídicos están expresadas en términos morales y no pueden entenderse ni aplicarse sin hacer juicios morales, podía haber argumentado que es mejor que un sistema jurídico mantenga ese tipo de normas en niveles mínimos. En otras palabras, Hart podía haber rechazado coherentemente el positivismo excluyente puramente descriptivo y adoptado cierta medida de positivismo excluyente prescriptivo, e incluso haber reconocido que eso ya estaba siendo así hasta cierto punto en *The Concept of Law*. Sin embargo, a pesar de la plétora de argumentos morales que subyacen a *The Concept of Law* (especialmente respecto de su explicación de los beneficios que para las sociedades complejas comporta el desarrollo de sistemas jurídicos maduros dotados de reglas de reconocimiento para permitir la determinación autoritativa de qué reglas de primer orden son obligatorias en ese sistema), su compromiso con la filosofía del lenguaje ordinario como modo de obtener comprensión social a través del análisis conceptual del discurso quizás le impidió reconocer su aceptación de la superioridad moral de un sistema jurídico que pueda resolver las disputas, facilitar la cooperación y guiar la conducta en sociedades a gran escala caracterizadas por desacuerdos morales, autoridades en competencia y conflictos sociales.

Hart no sostiene que la dicotomía duro/blando represente una disputa conceptual sobre el significado o concepto de Derecho, quizá porque su esfuerzo era proporcionar un modelo para comprender el Derecho que había de incluir a todos los sistemas jurídicos desarrollados. Claramente, él no quería encontrarse en la situación de tener que decir que los llamados sistemas jurídicos con, por ejemplo, tablas de derechos moralmente expresados, en realidad no son en absoluto sistemas jurídicos. No obstante, esta es la línea adoptada y defendida por Joseph Raz, que abandera el positivismo jurídico excluyente en términos esencialmente conceptuales, partiendo de su análisis del concepto de autoridad jurídica justificada¹⁹.

En breve, el argumento de Raz es que la autoridad, en el sentido relevante para el Derecho, proporciona a la gente razones de segundo orden para cumplir las reglas de primer orden puestas por quien es considerada la autoridad. Esto requiere que los destinatarios tengan más razones para seguir la regla (de segundo orden) de sometimiento a la autoridad que para seguir sus propias razones para la acción consideradas todas las cosas. En

¹⁸ Tom Campbell, "Legal Validity and Judicial Ethics", en prensa.

¹⁹ Joseph Raz, "Authority, Law, and Morality", 68.3 *Monist*, 1985, 295-324.

otras palabras, las autoridades legítimas suministran buenas razones a aquellos sobre quienes pretenden tener autoridad para que estos subordinen su propio juicio sobre qué deben hacer y sigan en su lugar los dictados de la autoridad. Esto se relaciona con el hecho de que la función de una autoridad es sustraer ciertos asuntos del ámbito de decisión del individuo y proporcionar reglas que puedan seguirse sin que el individuo tenga que tomar su propia decisión sobre los temas implicados. Desde esta explicación de la autoridad, tiene que ser el caso que las reglas proporcionadas por la autoridad puedan entenderse y seguirse sin que ese individuo tenga que realizar los juicios morales para cuya sustitución precisamente están pensadas las reglas. Dicho de otra forma, la naturaleza de la autoridad jurídica es tal que las reglas jurídicas han de excluir criterios que requieran a los destinatarios embarcarse en el razonamiento moral para cuya sustitución están diseñados los pronunciamientos de la autoridad. De lo contrario, la autoridad no podría cumplir su función social. Negar esto sería mostrar que uno no entiende la naturaleza del Derecho.

Este análisis tiene claras resonancias de las razones utilitarias de Hart para celebrar la aparición de reglas de reconocimiento, ya que tales reglas tampoco pueden desempeñar su función de resolver autoritativamente qué ha de contar como Derecho si ellas estuvieran diseñadas de un modo tal que no proporcionaran una respuesta determinada. En esta medida, Hart y Raz comparten un compromiso con algo así como la “tesis de las fuentes”, en el sentido de que todo Derecho tiene su origen en algún hecho social identificable, como por ejemplo la promulgación de una ley o la emisión de un decreto²⁰. Ambas teorías están también formuladas en términos de la función del Derecho, pensando en las precondiciones para cumplir esas funciones ya sea mínimamente o satisfactoriamente. Pretenden que tales explicaciones generan “comprensión” de los fenómenos sociales implicados. Si podemos captar la contribución que una institución social presta a la satisfacción de necesidades humanas, podremos comprender por qué existe y persiste. De este modo, el análisis conceptual auxilia a la comprensión social.

La mayor clarificación que esta metodología pueda proporcionarnos es vulnerable, por un lado, a desafíos morales en el sentido de que las necesidades que la institución supuestamente funcional satisface, u otros de sus productos, son moralmente cuestionables; y, por otro lado, a la réplica empírica de que los fenómenos sociales que pretende explicar son en realidad distintos de los que la explicación funcional asume que son. Así, una crítica

²⁰ Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 1979, p. 47: “Una ley tiene una fuente si su contenido y existencia puede determinarse sin usar un argumento moral”.

moral contra este análisis de la autoridad podría ser la de que el positivismo jurídico excluyente inhibe la autonomía moral. La crítica empírica podría ser la de que sectores significativos de sistemas jurídicos modernos que parecen ser útiles están repletos de terminología moral.

Ambos tipos de crítica suscitan cuestiones importantes y en principio solubles, o al menos sobre las que se puede avanzar. Lo que no parece fructífero es mantener el debate incluyente/excluyente en un nivel puramente conceptual. El libre análisis conceptual en este punto puede proporcionar algunos requiebros útiles para otros discursos relacionados, pero llevado a cabo en abstracto se sumerge en las arenas de una miríada de construcciones sociales. Dado que no hay una metodología conceptual independiente que pueda determinar objetivamente el significado de un concepto, la iusfilosofía puramente conceptual es inevitablemente inconcluyente.

Así pues, no es difícil mostrar que el análisis de la autoridad propuesto por Raz, aunque lúcido y socialmente importante, no está universalmente compartido en cualquier cultura o en cualquier grupo social, incluyendo el de los juristas²¹. Los datos con los que Raz somete a prueba su análisis son los del discurso ordinario y jurídico real: lo que “nosotros” queremos decir cuando hablamos de “autoridad”. El método con el que el debate avanza es el intercambio de “intuiciones” más que la investigación empírica. El análisis de Raz de la autoridad jurídica continúa realizando otras afirmaciones empíricamente controvertibles como si fueran cuestiones de necesidad conceptual. Por ejemplo, él sostiene que una autoridad jurídica tiene que pretender con sinceridad que los sometidos a su autoridad tienen buenas razones para aceptar esa autoridad. Más allá de esto, Raz sostiene que esta pretensión no puede hacerse a menos que el sistema autoritativo sea capaz de satisfacer dicha pretensión²². Estas implicaciones del análisis básico de la autoridad jurídica no pueden ser verdades empíricas, sean sociológicas o psicológicas, porque nunca pueden establecerse de modo universal y están abiertas a múltiples contraejemplos. Sin embargo, está claro que tampoco son verdades lógicas, aunque tienen cierta plausibilidad si nosotros (circularmente) presuponemos sinceridad por parte de las autoridades jurídicas. Ciertamente no se requieren para que una autoridad tenga éxito en su pretensión de obediencia²³. Entonces, ¿por qué habríamos de comprarle a Raz este

²¹ Así, Stephen Perry.

²² Raz, “Authority, Law, and Morality”, cit., p. 300: “todo sistema jurídico pretende tener autoridad legítima (o sea, justificada), y esto significa que un sistema jurídico tiene que ser capaz de tener autoridad legítima”.

²³ Esto está bien desarrollado en Kenneth Einar Himma, “The Instantiation Thesis and Raz’s Critique of Inclusive Legal Positivism”, 20 *Law and Philosophy*, 2001, pp. 61-79.

concepto de autoridad? En parte, sin duda, porque tiene su resonancia en el discurso occidental, pero también porque se puede argumentar que juega un papel social útil para promover la creación de y la lealtad a la idea de un sistema de reglas que pueda servir para mitigar el conflicto social y estimular y posibilitar la cooperación social. O sea, que la dimensión normativa vuelve a introducirse en lo que de otro modo sería una pieza de análisis del discurso más bien selectiva, por no decir arbitraria. Y si lo que está en juego es si sólo de este modo puede realmente existir una pretensión justificada de obediencia, entonces nos encontramos de lleno en el terreno prescriptivo.

Todo esto es en realidad bastante próximo a lo que Raz dice bastante explícitamente de vez en cuando, y encaja bien con su filosofía política general, en la que el fortalecimiento de la autonomía es el rasgo central y, lo cual resulta interesante, es uno de los objetivos que se pretende que es promovido por el positivismo jurídico prescriptivo. El misterio es por qué Raz no es más claro acerca de los ingredientes normativos de su análisis. Dado que varios conceptos de Derecho pueden pretender ser *el* concepto de Derecho, ¿por qué no hacer una selección sobre bases morales? La respuesta, quizás, es que él intenta proporcionar una comprensión del Derecho “que es”. Sin embargo, un positivista jurídico prescriptivo sostendrá que los sistemas reales incorporan de hecho el modelo positivista hasta cierto punto, posibilitando un ámbito para desarrollar un análisis que ilumine lo real y al mismo tiempo que sirva de base para auspiciar la mejora de lo que ya existe.

El positivismo jurídico incluyente de tipo conceptual es capaz de la misma reformulación modal, de “tiene que ser” [*must be*] a “debería ser” [*should be*]²⁴. Aquí el análisis conceptual ofrecido es que hay al menos un sistema jurídico concebible en el que la regla de reconocimiento contiene al menos un criterio moral. Este análisis es suficiente para descartar cualquier conexión necesaria entre la moral y el Derecho, preservando así su estatus de teoría positivista²⁵, pero es compatible con todos los sistemas jurídicos reales que incluyen un número indefinido de criterios morales en su regla de reconocimiento operativa. Esta “tesis de la separabilidad” representa una versión muy débil y relativamente carente de interés del positivismo jurídico, aunque tiene su utilidad para preparar el camino a los estudios empíricos

²⁴ Véase W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford: Clarendon Press, 1994, cap. 8: “Morals and the Meaning of Laws”, p. 232: “Intentaré apoyar la opinión de que nuestra práctica jurídica debería ser de tal modo que el mismo significado o contenido de nuestros Derechos esté hasta cierto punto basado en consideraciones de moralidad política. Ya hemos visto por qué esto es una posibilidad conceptual y por qué es consistente con el positivismo jurídico”.

²⁵ Coleman, p. 54: “La diferencia entre Derecho y moral es conceptual. Tiene que ver con los criterios de significado de los términos”.

que examinan hasta qué punto los criterios morales están presentes en los sistemas jurídicos reales.

Aunque los casos extremos de positivismo jurídico altamente incluyente harían inoperativas a las reglas de reconocimiento, que proporcionarían una guía insuficiente sobre qué va a contar y qué no va a contar como Derecho, no cabe duda de que todos los sistemas jurídicos pueden funcionar con ciertas dosis de criterios morales sin perder toda funcionalidad o sin que por ello tengamos que excluirlos de la categoría de Derecho. La perplejidad aquí es por qué, en esta situación, la posibilidad lógica expresada en la tesis de la separabilidad es considerada como una posición relevante, dado que la tesis de que un sistema jurídico puede contener criterios morales en su regla de reconocimiento carece de interés y ciertamente no es nada tan drástico como la tesis de que no debe hacerlo. En el caso de Jules Coleman parece servir como base para emprender estudios científico-sociales del Derecho desprovistos de valoraciones, y es útil en ese contexto en la medida en que asegura un abanico mayor de datos que el que presentaría el positivismo jurídico excluyente.

Todo el discurso cobra evidentemente mayor alcance si el positivismo jurídico incluyente se ve como una teoría normativa que recomienda que las reglas de reconocimiento deberían de hecho incluir criterios morales para ciertos propósitos, como el del control judicial de la legislación. Este modo de positivismo jurídico incluyente podría, por ejemplo, convertirse en una forma de dworkinianismo que hace de la judicatura el principal agente para asegurar igual consideración y respeto para todos los ciudadanos, aunque el propio Dworkin quizás tenga que ser clasificado como un positivista jurídico incluyente conceptual y no simplemente prescriptivo, ya que él concibe la interpretación jurídica como una empresa necesariamente moral. Con todo, él ofrece un montón de razones moralmente normativas para adoptar su teoría del Derecho como integridad.

Coleman objetaría que el positivismo jurídico prescriptivo, sea incluyente o excluyente, no es positivismo jurídico en absoluto, sino una forma de iusnaturalismo, aunque una versión fulleriana en la que la moralidad del Derecho es procedimental y aspiracional. Su tesis aquí es que, si la regla de reconocimiento es una regla moral, eso reduce el positivismo jurídico a iusnaturalismo²⁶. Él insiste, por tanto, en que las reglas de reconocimiento son reglas convencionales, aunque puedan tener contenido moral, siendo una simple cuestión de hecho el que lo tengan o no. Esto es un error. Como hemos visto, los juicios morales pueden auspiciar o el positivismo jurídico

²⁶ Coleman, "Negative and Positive Positivism", 11 *Journal of Legal Studies*, 1982, 139, p. 147: "La infusión de la moralidad en el concepto de Derecho".

excluyente o el incluyente. Más en general, ofrecer razones morales para adoptar una regla no significa que dicha regla sea ella misma una regla moral en el sentido de que sus términos incluyen conceptos morales. No hay por tanto una conexión necesaria entre ser un Derecho y tener un contenido moral, porque el juicio moral sobre cómo definir el Derecho podría haber ido en la dirección opuesta²⁷. La única necesidad es que los sistemas jurídicos están sujetos a la crítica moral. Pero todo acto e institución humana está potencialmente sujeto a la crítica moral. Eso es una verdad moral general, no una afirmación sobre el Derecho en particular. Dar razones morales para adoptar una regla de reconocimiento, o una regla de reconocimiento de un tipo particular, no transforma a esa regla de reconocimiento en una regla moral, igual que una observación empírica de que las reglas de reconocimiento contienen criterios morales no transforma a esa observación en un juicio valorativo.

Algunos tendrán la sensación de que, si tomamos el camino del positivismo prescriptivo, estamos en realidad abandonando el debate sobre el concepto de Derecho y trasladando nuestra atención hacia concepciones del derecho en competencia. Después de todo, auspiciar el positivismo jurídico en cuanto que recomendación de un tipo particular de sistema jurídico es de hecho presuponer un concepto más amplio de sistema jurídico que incluye los que concuerdan y los que no concuerdan o con el modelo incluyente o con el excluyente. Acepto esto si se lee como que indica que todos los estudios, los empíricos y los normativos, tienen que arrancar de definiciones preliminares del tema bajo escrutinio. Es sin embargo un error tratar esos conceptos preliminares como intentos de definir la esencia de los fenómenos a estudiar y evaluar, y elevarlos a pretensiones sobre la naturaleza inherente del Derecho. Más aún, nada hay en principio en contra de recomendar conclusiones conceptuales basadas en fundamentos morales, siempre que esos conceptos no se usen luego (circularmente) para apoyar las razones morales a favor de adoptar dicho análisis de un término. De hecho es imperativo que las sociedades puedan alcanzar una cierta medida de acuerdo moral

²⁷ Esto está bastante bien expresado en una crítica a la presuposición de Robert Alexy de que si hay razones morales para rechazar el positivismo jurídico eso significa que existe una conexión necesaria entre Derecho y moral. Véase Danny Priel, "Alexy on the Connection between Law and Morality" (recensión no publicada del libro de Robert Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, Oxford: Clarendon Press, 2002), pp. 22-23: "Por último, asumamos que Alexy ha logrado proporcionar respuestas convincentes a todas las preguntas que he suscitado sobre su argumento de la injusticia. ¿Significa esto que ha demostrado una conexión necesaria entre Derecho y moral? No estoy seguro, y he aquí por qué: si elegimos un concepto de Derecho no positivista, entonces eso significa que las cosas podían haber sido diferentes; después de todo, nadie nos ha forzado a escoger esta definición de Derecho, y si hubiésemos escogido otra, no habría habido una conexión necesaria entre Derecho y moral".

que puedan encapsular en los conceptos que utilizan, de modo que puedan proceder a debatir las opciones morales que aún tienen que tomarse. Esto no debería evitar la crítica del razonamiento moral que hay detrás de la opción conceptual.

Conclusión

El atractivo que para los filósofos tiene el análisis conceptual autónomo es algo evidente. Proporcionaría una esfera especializada para su pericia y la esperanza de un progreso intelectual que no corra el riesgo de caer en el subjetivismo del desacuerdo moral o de ser absorbido por el empirismo de las ciencias sociales. El análisis conceptual promete distinciones analíticas *a priori* como las de ese cimiento positivista que es la distinción entre “ser” y “deber ser”. Sería maravilloso poder fundamentar que tenemos que aceptar un concepto de autoridad que nos exige abrazar el positivismo jurídico excluyente, una metodología que conlleva algo de la grandeza filosófica de una deducción trascendental. Lamentablemente, quizás, esta metodología no está disponible para nosotros. Los principales conceptos sociales son creaciones humanas sujetas al cambio y a la diversidad social. Lo que sí podemos hacer es adoptar y adaptar esos esquemas conceptuales que incrementan nuestra comprensión de los sistemas jurídicos reales, y nos permiten expresar ideales alcanzables moralmente justificables, como el de que existe un derecho humano a vivir en una sociedad en la que estemos sujetos al gobierno de reglas positivísticamente buenas. Este es, como mínimo, un sentido del positivismo jurídico.

(Trad. de Juan A. Pérez Lledó)

