

EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO

José Juan Moreso

Universidad Pompeu Fabra, Barcelona

RESUMEN. En este artículo se trata el problema de cómo se refleja la tesis iuspositivista de la identificación del Derecho en la aplicación del Derecho. Como corolario de la tesis positivista de las fuentes del Derecho, la tesis de la identificación del Derecho (TID) afirma que “la determinación de lo que es el Derecho no depende de criterios o argumentos morales”. Hay, al menos, tres formas de comprender la TID: el Derecho *no puede depender* de criterios morales (interpretación del positivismo jurídico exclusivo), el Derecho *no depende necesariamente* de criterios morales (interpretación del positivismo jurídico inclusivo) y, finalmente, el Derecho *no debe depender* de criterios morales (interpretación del positivismo ético o normativo). De estas tres posiciones se argumenta a favor de la segunda, puesto que la primera, el positivismo jurídico exclusivo, es inadecuado desde el punto de vista conceptual y la tercera, el positivismo ético, es inadecuado desde el punto de vista normativo

ABSTRACT. This article we deal with the problem of how the legal positivist thesis regarding the identification of law is reflected in the application of law. As a corollary of the positivist thesis regarding legal sources, the thesis of the identification of law (TIL) states that “the determination of what law is does not depend on moral criteria or moral arguments”. There are at least three ways of understanding TIL: law *cannot depend* on moral criteria (interpretation by exclusive legal positivism), law *does not necessarily depend* on moral criteria (interpretation by inclusive legal positivism) and, finally, law *should not depend* on moral criteria (interpretation by ethical or normative positivism). Of the three positions it is the second which is argued for, since the first, exclusive legal positivism, is inappropriate if considered from a conceptual point of view, and the third, ethical positivism, is inappropriate from a normative point of view.

I

Una de las cuestiones centrales del positivismo jurídico contemporáneo es la siguiente: ¿cómo se refleja la tesis iuspositivista de la identificación del derecho en la aplicación del derecho, es decir, cuáles son las consecuencias de comprender de un determinado modo aquello que el derecho es para la resolución de las controversias jurídicas por parte de los jueces y otros órganos jurídicos encargados de resolver las controversias?

La respuesta a esta pregunta depende del modo en el cual se caracterice la tesis de la identificación, que suele presentarse en alguna de las versiones de la llamada tesis de las fuentes sociales del derecho, de acuerdo con la cual la existencia y el contenido del derecho en una sociedad determinada dependen de un conjunto de hechos sociales, esto es, de un conjunto de acciones de los miembros de dicha sociedad. La existencia del derecho no es un fenómeno natural, semejante a la existencia de los planetas o las estrellas. Los planetas y las estrellas existen con independencia de las creencias y las actitudes de las personas. Que la tierra no es plana es una verdad independiente de lo que los seres humanos piensen acerca de ello. Sin embargo, la existencia de una *cola* para sacar la entrada para el teatro no es un fenómeno natural. Para ver una fila de personas como una cola, hace falta un conjunto de creencias y actitudes que soportan dicho fenómeno institucional: la aceptación de ciertas reglas constitutivas, definitorias de la cola, y la aceptación de ciertas prescripciones que atribuyen derechos y deberes a la posición que uno tiene en la cola (dicho rápidamente: que uno tiene el deber de aguardar a que obtengan la entrada los que le preceden en la cola, y el derecho de obtenerla antes que los que le suceden en la cola). La existencia de las colas es, por así decirlo, *practice-dependent*. Existe, en el sentido de Searle,¹ como un hecho institucional. Pues bien, aunque de una forma mucho más compleja, los ordenamientos jurídicos tienen una existencia también institucional, son semejantes a las colas y no a los planetas. Es por esta razón que parece una obviedad esta versión de la tesis de las fuentes sociales del derecho: la existencia y el contenido del derecho en una sociedad dependen de un conjunto de hechos sociales complejos.

De la tesis de las fuentes sociales se obtiene como corolario lo que, en este contexto, voy a denominar la tesis de la identificación del derecho (TID):²

¹ John Searle, *The Construction of Social Reality* (London: Penguin Books, 1995).

² Esta formulación se halla en David Dyzenhaus, "Positivism's Stagnant Research Programme", *Oxford Journal of Legal Studies*, 20 (2000): 703-722, en p. 706.

La determinación de lo que es el derecho no depende de criterios o argumentos morales.

Hay, al menos, tres modos de comprender dicha tesis.³ Según la primera versión, la expresión “no depende” en TID debe interpretarse como “no puede depender”, es decir, es necesariamente el caso que la determinación del derecho no depende de criterios morales. Según la segunda versión, en TID “no depende” ha de leerse como “no necesita depender”, esto es, no es necesariamente el caso que la determinación del derecho dependa de criterios morales. La tercera versión de la tesis exige leer en TID “no depende” como “no debe depender”, de este modo TID tiene una lectura prescriptiva: recomienda una forma de identificar el derecho, una forma que presupone que el derecho puede ser de tal manera que sea posible identificarlo sin recurrir a la moralidad.

Las dos primeras versiones de TID responden a dos modos de interpretar la tesis de la separabilidad entre el derecho y la moral (una tesis central del positivismo jurídico). En palabras de J. Coleman:⁴

The two most plausible and distinct interpretations of the Separability Thesis can be expressed in terms of the difference between what in modal logic is called internal and external negation. On the internal negation formulation, the Separability Thesis is the claim that in all legal systems it is necessarily the case that the legality of a norm not depend on its morality or its substantive merits. On the external negation formulation, the Separability Thesis is the claim that it is not necessarily the case that in any legal system the legality of a norm depend on its morality or its substantive merits”.

Sea \Diamond : “posible”, y: \Box “necesario”, y valga el predicado J por “jurídico” y M por “moral”. Entonces la tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moral puede expresarse así:

$$\forall x \Box (Jx \rightarrow Mx),$$

que, por la fórmula de Barcan,⁵ es equivalente a

$$\Box \forall x (Jx \rightarrow Mx),$$

y su negación interna:

$$\Box \forall x (Jx \rightarrow \neg Mx),$$

que se corresponde con la primera versión de TID, según la cual nunca puede ser el caso de que la determinación de lo que el derecho es dependa de la moralidad. En cambio, la negación externa será:

³ Los tres presentados y analizados por Matthew H. Kramer, “Dogmas and Distortions: Legal Positivism Defended. A Reply to David Dyzenhaus”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 21 (2001): 673-701, en pp. 679-680.

⁴ Jules L. Coleman, “Second Thoughts and Other First Impressions” en Brian Bix (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1998), p. 265.

⁵ Vd., por ejemplo, G.E. Hughes, M.J. Cresswell, *A New Introduction to Modal Logic* (London: Routledge, 1996), p. 244.

$\neg \Box \forall x (Jx \rightarrow Mx)$.

Esta expresión, la de la negación externa, se corresponde con la segunda versión de TID y es compatible tanto con sistemas jurídicos que remiten a la moralidad, como con sistemas jurídicos que no remiten a ella.

La primera versión es sostenida por los defensores del llamado positivismo jurídico exclusivo,⁶ mientras la segunda es sostenida por los defensores del positivismo jurídico inclusivo.⁷

La tercera versión de TID se corresponde con lo que se denomina como positivismo ético o normativo.⁸ De esta versión puede decirse que, conceptualmente, acepta la segunda versión de TID, pero normativamente suscribe la primera versión.

II

Este trabajo pretende analizar, entonces, cuáles son las consecuencias de las tres versiones de TID para la aplicación del derecho y evaluar su plausibilidad explicativa y normativa, es decir, analizar qué rendimiento explicativo posee cada una de las versiones para nuestra concepción de la práctica de la aplicación del derecho y, sobre todo en el caso de la tercera versión, cuál sea su grado de adecuación normativa.

Pero antes de analizar estas cuestiones, tal vez vale la pena detenerse en analizar la posibilidad de que la respuesta a la cuestión de la identificación del derecho no determine la respuesta al problema de la aplicación del derecho, que ambas cuestiones puedan tener respuestas divergentes. Alguien puede sostener que el derecho ha de identificarse sin recurrir a la moralidad y, sin embargo, sostener que los jueces deben resolver las controversias de acuerdo con la moralidad, es decir, sostener que los jueces deben

⁶ Principalmente Joseph Raz, *The Authority of Law*, (Oxford: Oxford University Press, 1979), cap. 3 y "Authority, Law, and Morality" in *Ethics in the Public Domain*, (Oxford: Oxford University Press, 1994), cap. 9. Pero véase también Scott J. Shapiro, "On Hart's Way Out" en *Legal Theory*, 4 (1998), 469-508 y "The Difference That Rules Make" en Brian Bix (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, (supra n. 4), pp. 33-64.

⁷ Vd. W.J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Oxford University Press, 1994) y Jules L. Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatism Approach to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2001) y mi propia posición en José Juan Moreso, "In Defense of Inclusive Legal Positivism" en Pierluigi Chiassoni (ed.), *The Legal Ought* (Torino: Giappichelli, 2001), 37-63.

⁸ La primera versión articulada de dicha posición que conozco se encuentra en Uberto Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico* (Milano: Edizione di Comunità, 1965). Más recientemente ha sido defendido, por ejemplo, por Tom D. Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism* (Aldershot: Dartmouth, 1996), Jeffrey Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 1999) y Jeremy Waldron, "Normative (or Ethical) Positivism" en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001), cap. 12.

apartarse de lo prescrito por el derecho cuando esto entra en contradicción con sus deberes morales. David O. Brink, por ejemplo, ha sostenido que el iuspositivismo y el iusnaturalismo deben ser interpretadas como doctrinas compatibles.⁹ Según Brink, el iusnaturalismo defiende dos tesis: por un lado defiende que la existencia del derecho depende de su adecuación a la moralidad y, por otra parte, sostiene que la corrección de las decisiones judiciales depende de que su contenido satisfaga criterios de corrección moral. El positivismo jurídico, por su parte, niega las dos tesis, es decir, sostiene en primer lugar que la existencia del derecho no depende de su adecuación a la moralidad y en segundo lugar que la corrección de las decisiones judiciales no depende de que su contenido satisfaga criterio alguno de corrección moral. No obstante, Brink añade que la primera tesis iuspositivista, la tesis de la identificación, es compatible con la segunda tesis iusnaturalista, porque esta segunda cuestión “concerns what judges have an all-things-considered obligation to do.”¹⁰

Si la cuestión de la aplicación del derecho se plantea en los términos de qué deben hacer los jueces all-things-considered, entonces es obvio que, dado que se trata de una pregunta moral, la respuesta habrá de ser: tomar decisiones moralmente correctas. Dado que los jueces son agentes morales, cuando toman decisiones que afectan al bienestar de terceros (lo que ocurre virtualmente siempre en las decisiones judiciales) deben (un deber moral) fundarlas en normas morales. Sin embargo, no es esta la cuestión que nos preocupa acerca de la vinculación entre la tesis de la identificación del derecho y la tesis de la aplicación del derecho. Lo que nos preguntamos no es qué deben hacer los jueces moralmente, sino qué deben hacer los jueces conforme al derecho y que papel representa (o debe representar) la moral en las decisiones que los jueces toman conforme al derecho. En palabras de Raz:¹¹

From the fact that the question “how, all things considered, should the courts decide the case?” is a moral question it does not follow that the question “how, according to law, should cases be decided?” is a moral question.

III

Podría pensarse que la primera versión de TID:

⁹ David O. Brink, “Legal Positivism and Natural Law Reconsidered”, *The Monist*, 68 (1985): 364-387.

¹⁰ *Ibidem*, p. 377. Esta parece ser también la posición de Torben Spaak, “Legal Positivism, Law’s Normativity, and the Normative Force of Legal Justification”, *Ratio Juris*, 16 (2003). 469-485, p. 482.

¹¹ Joseph Raz, “On the Autonomy of Legal Reasoning” en *Ethics in the Public Domain*, (supra n. 6), cap. 13, p. 312.

[TID1] La determinación de lo que es el derecho no puede depender de criterios o argumentos morales

requiere una concepción *formalista* de la aplicación del derecho. Según dicha concepción, el razonamiento jurídico usado en la aplicación del derecho es un razonamiento técnico que obedece sus propias reglas, el razonamiento jurídico es autónomo o insular, libre de cualquier referencia al razonamiento moral. Sin embargo, esta no es la vía seguida por los defensores del positivismo exclusivo. El mismo Raz dice lo siguiente de tal posición:¹²

It is a hard doctrine to sustain. First, there is the question whether the resources of the law are sufficient to provide the resources necessary for the courts both to obey the law and to follow the formalist doctrine. Second, there is the difficulty of reconciling the doctrine with legal practice. Finally, there is the moral issue: is the formalist doctrine morally acceptable?

En realidad, Raz piensa que las doctrinas formalistas no pueden superar ninguna de estas tres dificultades: las fuentes no determinan todas las respuestas a las controversias, es un hecho de la práctica jurídica que la aplicación del derecho recurre, a menudo, a la argumentación moral,¹³ y la doctrina formalista no es, para Raz, moralmente aceptable.

Según Raz, es el mismo derecho identificado según TID1 el que autoriza a los jueces a aplicar consideraciones extrajurídicas: “quite commonly courts have the discretion to modify legal rules, or to make exception to their application, and where they have such discretion they ought to resort to moral reasoning to decide whether to use and how.”¹⁴ Según Raz, por lo tanto, el derecho es identificado siempre de acuerdo con TID1, pero los jueces tienen discreción para modificarlo, de acuerdo con pautas morales, cuando deciden los casos. Por esta razón, Raz divide el razonamiento jurídico en razonamiento acerca del derecho (*reasoning about the law*) y razonamiento con arreglo al derecho (*reasoning according to law*): “The first is

¹² *Ibidem*, p. 314.

¹³ Un argumento que se ha usado, a veces, contra la tesis de las fuentes sociales del derecho y que J.C. Bayón denomina “el argumento del contraste con la práctica”: “Quienes usan este argumento presuponen en primer lugar que el núcleo del positivismo jurídico es la tesis de las fuentes sociales –según el cual la existencia y el contenido del derecho dependen exclusivamente de hechos sociales, de manera que su identificación es posible sin recurrir a argumentos morales– [nota omitida], afirmando acto seguido que nuestras prácticas jurídicas efectivas desmienten dicha tesis y que, por lo tanto, las pretensiones del positivismo jurídico deben ser revisadas si se quiere evitar su pérdida de contacto con la realidad.” Juan Carlos Bayón, “Derecho, convencionalismo y controversia” en P.E. Navarro y M. C. Redondo (comp.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (Barcelona: Gedisa, 2002), 57-92, en p. 57.

¹⁴ Joseph Raz, “On the Autonomy of Legal Reasoning” (supra n. 11), p. 319.

governed by the sources thesis, the second I believe to be quite commonly straightforward moral reasoning”.¹⁵

Esto es, el razonamiento con arreglo al derecho no es autónomo ni insular, sino –tal vez podría decirse– *peninsular*.

IV

La segunda versión de la tesis de la identificación del derecho afirma lo siguiente:

[TID2] La determinación de lo que es el derecho no necesita depender de criterios o argumentos morales.

Por lo tanto, según dicha tesis es posible que la identificación del derecho dependa de argumentos morales, aunque también es posible que no sea así. Aunque esta cuestión suele vincularse con la de la posibilidad de que la propia regla de reconocimiento incluya razones morales entre los criterios de validez jurídica,¹⁶ basta que tomemos ahora para nuestra discusión una tesis incorporacionista más débil: “the familiar sources of law –like statutes and constitutional provisions– may include moral concepts or considerations”.¹⁷

Según dicha concepción, entonces, cuando las normas jurídicas incorporan conceptos o consideraciones morales, el derecho ha de identificarse mediante el uso de dichos conceptos y consideraciones. Y, por lo tanto, los jueces han de aplicar el derecho identificado mediante el recurso a la moralidad en los casos pertinentes.

Podemos, entonces, preguntarnos: ¿cuál es la diferencia para la aplicación del derecho entre la tesis raziana del razonamiento jurídico con arreglo al derecho y la tesis de la aplicación del positivismo inclusivo? Según ambas teorías, cuando el derecho remite a la moralidad los jueces deben decidir los casos mediante el razonamiento moral.¹⁸

¹⁵ *Ibidem*, p. 316-317.

¹⁶ Como Hart sostiene con claridad, en lo que denomina *soft positivism*, en H.L.A. Hart, “Postscript” to *The Concept of Law*, 2 ed. by P. Bulloch and J. Raz (Oxford: Oxford University Press, 1994).

¹⁷ Brian Leiter: “Law and Objectivity” en J. Coleman, S. Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2002), 969-989, en p. 978.

¹⁸ Por eso creo que lleva razón M.H. Kramer cuando afirma: “For Raz, adjudication consists in reasoning about the law as well as reasoning according to the law, and thus the Razian judges might decide cases in a manner indistinguishable or virtually indistinguishable from the Dworkinian judges. Though such a practical convergence is hardly inevitable, it is far from impossible.” Matthew H. Kramer, “Dogmas and Distortions: Legal Positivism Defended. A Reply to David Dyzenhaus”, (supra n. 3), p. 682.

Por esta razón, tal vez, algunas veces se ha sugerido que la controversia entre TID1 y TID2, o lo que es lo mismo, entre el positivismo jurídico exclusivo y el positivismo jurídico inclusivo, es una cuestión de palabras: de la definición de validez jurídica. En la teoría del derecho positivista, se distingue algunas veces entre dos sentidos de *validez*: validez como *pertenencia* y validez como *aplicabilidad*. Una norma es válida, en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico S, si y sólo si es identificada como miembro de S por los criterios de la regla de reconocimiento de S. Una norma es válida, en el sentido de que es aplicable a un caso, si y sólo si existe otra norma, que es un miembro de S, que autoriza u obliga a los órganos de aplicación de S a aplicarla a ese caso.¹⁹ En el contexto de discusión entre ambos tipos de positivismo, J.L. Coleman plantea así la cuestión:²⁰

A better strategy relies on the distinction Joseph Raz emphasizes between legal validity and bindingness on officials. All legally valid norms are binding on officials, but not every standard that is binding on judges is legally valid, in the sense of being part of the community's law. The laws of foreign jurisdictions, the norms of social clubs as well as other normative systems generally can be binding on officials in certain adjudicatory contexts, though they are not part of the "host" community's law. Judges may be authorized, even directed, by otherwise valid rules to appeal to such principles. They need not be part of a community's law in order for judges to be required to appeal to them in the context of a particular suit. Thus, it does not follow from the fact that judges may sometimes be bound by certain moral principles that those principles are themselves part of the law or are legally valid.

Es decir, según esta distinción, es posible que un estándar moral no sea parte del derecho y, sin embargo, sea obligatorio para los jueces decidir de acuerdo con él. En este sentido, un positivista exclusivo podría argüir señalando que la lectura restrictiva de la tesis de las fuentes sociales es la adecuada, aunque ello no impide que las pautas morales sean, algunas veces, obligatorias para los jueces.

¹⁹ Puede verse la distinción en estos términos en Eugenio Bulygin: "Time and Validity", en A. A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, (Amsterdam: North Holland, 1982), pp. 65-82, José Juan Moreso, Pablo Navarro, "Applicabilità ed Efficacia delle norme giuridiche" en Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (eds.), *Struttura e Dinamica dei sistemi giuridici*, Torino: Giappichelli, 1996, 15-36 y José Juan Moreso, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, trad. de Ruth Zimmerling, (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1998), pp.105-115.

²⁰ Jules L. Coleman, "Incorporationism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory*, 4 (1998): 381-426, en pp. 404-405. El origen de la distinción en estos términos en Joseph Raz, *The Authority of Law* (supra n. 6), pp. 101-102, 119-120. Vd., también W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, (supra n. 7), p. 157, Jules L. Coleman, "Second Thoughts and Other Personal Impressions", (supra nota 4) pp. 260-1, n. 19 y 263 n. 22; Scott J. Shapiro, "On Hart's Way Out" (supra n.6), p.506 y Matthew Kramer, "How Moral Principles Can Enter into the Law" en *Legal Theory*, 6 (2000), pp. 103-107. Vd. también José Juan Moreso, "In Defense of Inclusive Legal Positivism" (supra n. 7), pp. 41-43.

Recientemente, C. Dahlman ha insistido en esta idea en los siguientes términos:²¹

There is no conflict between the strong social thesis and the observation that the law sometimes instructs the judge to recognize a norm as a part of the law because of its moral content, since the strong social thesis only concerns epistemic recognition, and the observation that the law sometimes instructs the judge to resort to morality concerns adjudicative recognition.

Sin embargo, según como la TID1 sea presentada sí representa una diferencia en relación con los deberes de los jueces. En los casos estándar, los jueces tienen el deber jurídico de aplicar las normas que identifican mediante la tesis de las fuentes. Según TID1, que se deriva de la tesis fuerte de las fuentes sociales, cuando las normas jurídicas incorporan conceptos morales los jueces tienen discreción. Raz ha expresado esta posición claramente:²²

Let us assume, for example, that by law contracts are valid only if not immoral. Any particular contract can be judged to be prima facie valid if it conforms to the “value-neutral” conditions for the validity of contract laid down by law. The proposition “It is legally conclusive that this contract is valid” is neither true nor false until a court authoritatively determines its validity. This is a consequence of the fact that by the sources thesis courts have discretion when required to apply moral considerations.

Si TID1 implica que siempre que el derecho incorpora conceptos o consideraciones morales, entonces los jueces tienen discreción (como el anterior pasaje de Raz sostiene), entonces hay buenas razones para dudar de la plausibilidad de dicha tesis. Si A firma con B un contrato por el cual se obliga a asesinar a C antes de un mes, transcurrido el mes A no ha asesinado a C y B presenta una demanda contra A por incumplimiento contractual, ningún jurista diría que debemos esperar a la decisión del juez para saber si el contrato entre A y B es válido: el contrato entre A y B es nulo porque es inmoral, y los jueces no tienen discreción alguna en este caso. Del mismo modo, si una disposición constitucional prohíbe los castigos crueles y el legislador dicta una norma que establece, como en el Derecho Romano, la siguiente pena (*poena cullei*) para el parricidio: el condenado será introducido en un saco de piel con un gallo, un perro, una serpiente y un mono y arrojado a las aguas del mar. Podemos preguntarnos, ¿es esta pena cruel? Creo que todos reconoceríamos que se trata de un castigo cruel –también los

²¹ Christian Dahlman, “Adjudicative and Epistemic Recognition” en *XXI World Congress. International Association for Legal Philosophy and Social Philosophy* (August 2003, Lund, Sweden).

²² Joseph Raz, *The Authority of Law* (supra n. 6), p. 75. Véase un lúcido análisis de esta tesis raziana en Timothy Endicott, “Raz on Gaps: The Surprising Part”, *Ars Interpretandi. Journal of Legal Hermeneutics* 6 (2001): 349-371.

romanos que, precisamente por ello, consideraban que era la pena merecida para los parricidas— y que, por lo tanto, es inconstitucional. Aunque “cruel” es, sin duda, un término moral, “cruel” se aplica sin controversia ninguna a la *poena cullei*, no hay aquí espacio para la discreción. Esto no significa, como es obvio, que no quede lugar para la discrepancia en otros casos de aplicación del concepto de crueldad, la más importante la que guarda relación con la crueldad de la pena de muerte. Es decir, remisión a la moralidad no implica necesariamente discreción judicial.

Parece más razonable sostener, como hace TID2, que cuando el derecho incorpora conceptos morales, entonces es necesario usar dichos conceptos para identificar lo que es requerido por el derecho. De este modo, contrariamente a lo sostenido por Raz, el razonamiento jurídico en dichos casos no sólo es un razonamiento moral cuando es un razonamiento conforme al derecho, sino también cuando es un razonamiento acerca del derecho. Lo cual es compatible, como ha de resultar obvio, con el hecho de que en algunos casos marginales de aplicación de este tipo de conceptos, los jueces tengan discreción.

Como es sabido, las razones de Raz para rechazar la tesis incorporacionista guardan relación con su concepción de la autoridad.²³ Dicha concepción no será analizada aquí, aunque permítaseme decir que si la noción de autoridad que Raz atribuye al derecho tiene estas consecuencias tan implausibles, tal vez deberíamos proceder a revisarla.²⁴

Tampoco puedo ocuparme aquí de otra cuestión relevante para la fortuna de TID2, del positivismo jurídico inclusivo: la de si dicha tesis presupone, para ser plausible, la tesis de la objetividad moral.²⁵

²³ Joseph Raz, “Authority, Law, and Morality”, (supra n. 6). Para la cuestión de la tensión entre la tesis raziana de las fuentes sociales y su tesis del razonamiento jurídico con arreglo al derecho en relación con su doctrina de la autoridad, vd. Fernando Atria, “Legal Reasoning and Legal Theory Revisited” en *Law and Philosophy*, 18 (1999), 537-577 y Juan Carlos Bayón, “Derecho, convencionalismo y controversia” (supra n. 13).

²⁴ Se trata de una sugerencia de R. Dworkin: “Raz thinks law cannot be authoritative unless those who accept it *never* use their own conviction to decide what it requires, even in this partial way. But why must law be blind authority rather than authoritative in the more relaxed way other conceptions assume?”. Ronald Dworkin, *Law’s Empire*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986). pp. 429-30, nota 3.

²⁵ Pero, puede verse, H.L.A. Hart, “Postscript” (supra n. 16), p. 254; Kenneth Einar Himma “Incorporationism and the Objectivity of Moral Norms” en *Legal Theory*, 5 (1999): 415-434, Matthew Kramer, *In Defense of Legal Positivism. Law without Trimmings*, (Oxford: Oxford University Press, 1999), pp. 152-161 y José Juan Moreso, “In Defense of Inclusive Legal Positivism”, (supra n.7), pp.43-50.

V

La tercera versión de la tesis de la identificación del derecho sostiene lo siguiente:

[TID3] La determinación de lo que es el derecho no debe depender de criterios o argumentos morales.

[TID3] presupone la verdad de [TID2], es decir, presupone que es posible que la determinación del contenido del derecho dependa de argumentos morales; sin embargo, considera que el núcleo del positivismo jurídico se halla en esta tesis normativa: el derecho ha de ser de tal manera que pueda identificarse aquello que prescribe sin recurrir a la moralidad. De tal modo, los jueces podrán aplicar el derecho de un modo cercano al formalismo puesto que podrán identificar los comportamientos prescritos por el derecho sin recurrir al razonamiento moral.

El positivismo jurídico así entendido obedece a una concepción político-moral acerca del derecho. U. Scarpelli lo decía ya hace casi cuarenta años:²⁶

È inerente al positivismo giuridico una scelta politica, ma la scelta politica è scelta del diritto positivo identificato attraverso le sue caratteristiche formali, è scelta di una scienza e di una pratica del diritto che, una volta accettato il diritto positivo, lo studino e lo applichino fedelmente prescindendo da ogni giudizio di valore sul suo contenuto...

La defensa del positivismo ético (o normativo) tal vez pueda ser resumida en un argumento como el siguiente:

- 1) Hay una inmensa discrepancia acerca de qué comportamientos son moralmente correctos.
 - 2) Para respetar la autonomía moral de las personas, debemos gobernar el comportamiento humano mediante reglas claras y precisas que nos permitan determinar con certeza cuándo determinados comportamientos están jurídicamente prohibidos.
- (1) y (2) implican
- 3) Si para identificar los comportamientos que están jurídicamente prohibidos se debe acudir al razonamiento moral, entonces habrá mucha discrepancia y, por lo tanto, la certeza será sacrificada y la autonomía personal vulnerada.

Por lo tanto,

- 4) El derecho debe ser identificado sin recurrir a la moralidad.

²⁶ Uberto Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico* (supra n. 8), p. 133. Recientemente también Liborio Hierro ("¿Por qué ser postivista?", *Doxa* 25 (2002): 263-302, en p. 272 n. 6, con aprobación, sobre este aspecto del pensamiento de Scarpelli.

Es decir, hay razones normativas para condenar la incorporación de conceptos y consideraciones morales en el derecho y para recomendar normativamente TID1.

Estoy de acuerdo con los defensores del positivismo ético en que un argumento como el anterior está en el núcleo de algunas de las concepciones clásicas del positivismo jurídico y también en que, si bien las versiones contemporáneas del positivismo jurídico se presentan como un conjunto de tesis conceptuales, un argumento como el que he presentado subyace implícitamente a la mayoría de estas versiones.

La premisa 1) ha sido sostenida claramente por muchos de los representantes del positivismo ético. Tom Campbell, por ejemplo, ha escrito:²⁷ “Es correcto decir que muchos de los positivistas son conscientes de la diversidad de opiniones morales y de la naturaleza intratable de los desacuerdos morales”. Algunas veces dicha tesis va acompañada de la asunción del escepticismo (como en los casos de H. Kelsen y A. Ross)²⁸ o, al menos, del relativismo en materia ética. U. Scarpelli lo pone en los siguientes términos:²⁹

Possiamo infine concludere che la scelta e le tecniche del positivismo giuridico trovano la loro fondazione più profonda e più salda in una filosofia morale relativistica, ma anche chi possieda una morale assoluta potrà condividere quella scelta e quelle tecniche purché, davanti al fatto della diversità delle morali, si ponga per rispetto degli altri o per timore il problema liberale e riconosca nel positivismo giuridico la scelta della libertà.

Como nos sugiere este pasaje de Scarpelli, no es preciso ser escéptico o relativista en materia moral para reconocer el hecho indiscutible del desacuerdo en moral. Aun si aceptamos un espacio para la objetividad moral, podemos reconocer que son tan amplias las dificultades epistémicas en el ámbito moral, que algunos desacuerdos son, tal vez, inerradicables.

La premisa 2), que insiste en la importancia de contar con leyes claras y precisas, está claramente asociada a dos preciados ideales del liberalismo político: en primer lugar, el ideal del Estado de derecho (*the rule of law*), de ser gobernados por leyes y no por hombres y, en segundo lugar, la sepa-

²⁷ Tom Campbell, “El sentido del positivismo jurídico”, *Doxa* 25 (2002): 303-331, en p. 313.

²⁸ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* (Wien: Franz Deuticke, 1960), pp. 60-71 y Alf Ross, *On Law and Justice* (London: Stevens & Sons, 1958), cap. XII.

²⁹ Uberto Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, (supra n. 8). Por otra parte, la obra de Jeremy Waldron es en la actualidad la que más ha insistido en la significación de los desacuerdos morales para la teoría jurídica. Vd. Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford: Oxford University Press, 1999).

ración de poderes, con la insistencia en la distinción entre la creación del derecho y su aplicación. En palabras de Tom Campbell:³⁰

In an ideal Positivist world there would be no such thing as judicial legislation, although there would always be a legislative element in rendering general terms more precise in relation to the complexities of concrete situations. In the non-ideal world we actually inhabit judicial legislation may be the lesser of the two evils.

No deseo negar que las premisas 1) y 2) contienen una gran dosis de verdad. Sin embargo, deseo argüir que 1) y 2), rectamente entendidas, aunque implican una versión debilitada de 3), no permiten concluir que el derecho debe ser identificado sin recurrir a la moralidad.

Acerca de 1) sólo deseo recordar que, si bien la discrepancia en materias morales es muy amplia, no es absoluta. Cuando el derecho prohíbe los castigos crueles, prohíbe claramente la *poena cullei*. Cuando el derecho autoriza el uso justificado de la fuerza física en legítima defensa, permite repeler el ataque de un extraño que me ataca por la espalda con la intención de clavarle un cuchillo. Cuando el derecho considera nulo un contrato aceptado mediante coacción injusta, califica como inválido el contrato que alguien firmó bajo la amenaza de matar a su hija pequeña si no lo firmaba. No creo que nadie pueda argüir que cuando el derecho incorpora estos conceptos morales en las normas jurídicas, entonces los jueces tienen siempre discreción y estos casos quedan abandonados a la discreción judicial.

Esto conlleva reformular 1) del siguiente modo:

1") Hay un grado relevante de discrepancia acerca de qué comportamientos son moralmente correctos

La premisa 2) es, sin embargo, la que merece ser debatida más detenidamente.³¹ Que la certeza es un ideal de la regulación jurídica es indiscutible. La certeza del derecho es valiosa, pero debemos determinar las razones que cuentan en favor de la certeza, con el fin de establecer si es de importancia suficiente para derrotar cualquier tipo de razón en su contra. Gran parte de las razones para conferir valor a la certeza del derecho se hallan vinculadas con el valor que otorgamos a la autonomía personal. Una de las dimensiones de la autonomía personal reside en la capacidad de elegir y ejecutar los planes de vida de uno mismo y sólo leyes claras, precisas y cognoscibles permiten a las

³⁰ Tom Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism* (supra n. 8), p. 120. Vd. también la insistencia en la importancia de la certeza en Uberto Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico* (supra n. 8), p. 145 y Jeffrey Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament* (supra nota 8), p. 271.

³¹ Desarrollo aquí algunas ideas ya presentadas en José Juan Moreso, "Commanducci sobre (neo)constitucionalismo", *Isonomía* 19 (octubre 2003): 267-282, en pp. 274-275.

personas elegir y trazar sus planes de vida con garantías.³² Ahora bien, ¿hay razones para llevar el ideal ilustrado de la certeza hasta el extremo? Pienso que no. Y pienso de este modo, porque considero que la autonomía personal exige también dejar abierta la posibilidad de que los destinatarios de las normas argumenten a favor de la justificación de su conducta, cuando *prima facie* las vulneran. Para ello, las normas jurídicas deben, en muchas ocasiones, dejar abierta la posibilidad de que sus destinatarios acudan a las razones subyacentes (que son de naturaleza moral) para explicar su comportamiento. Así operan, por ejemplo, las causas de justificación en derecho penal y, muy a menudo, los vicios del consentimiento en derecho privado.³³ Un derecho penal sin causas de justificación sería mucho más cierto, pero también mucho más injusto, vulneraría en mayor medida la autonomía personal. Es más conforme con la autonomía personal permitir la legítima defensa frente a las agresiones, aunque ello comporta entrar en un terreno menos cierto que el más claro de averiguar si alguien ha causado lesiones a otro, ahora debemos comprobar si el ejercicio de defensa era legítimo, esto es, si era proporcionado, si no medió provocación suficiente, etc. Un derecho privado sin vicios del consentimiento sería mucho más cierto, pero también mucho más injusto. Si los contratos no fueran nulos por error o por intimidación sería más claro (como en la *stipulatio* del derecho romano arcaico) cuando hemos contraído una obligación contractual, ahora hay que determinar, por ejemplo, la naturaleza del error, su relación con mi declaración de voluntad, etc. En resumen, para hacer honor a la autonomía personal, que es lo que otorga valor a la certeza del derecho, es preciso reservar un lugar para la argumentación moral, aunque ello sacrifique la certeza en alguna medida. En nuestro horizonte moral siempre existen valores en conflicto, como encajarlos sopesándolos es nuestra tarea como agentes morales. Por lo tanto, el hecho de que la incorporación de conceptos morales en el derecho disminuya, algunas veces, la certeza no ha de verse como algo necesariamente inadecuado, por el contrario, a menudo es el único modo de hacer de nuestro derecho un derecho más respetuoso con nuestra autonomía personal.

Es lo mismo que ocurre con las reglas que usamos en nuestra vida cotidiana. Si yo quiero disfrutar de una mañana de trabajo tranquilo, sin ser molesto, para –por ejemplo– terminar este paper, puedo ordenarle a mi secretaria: “No me pases, por favor, ninguna llamada de teléfono esta mañana”. Esta es

³² He desarrollado estas ideas previamente en José Juan Moreso, “Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)”, *Doxa* 24 (2001): 532-535.

³³ La analogía entre causas de exclusión de la responsabilidad en derecho penal y vicios del consentimiento en derecho privado procede de H.L.A. Hart, “Legal Responsibility and Excuses” en H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 1968), 28-53.

una regla clara y precisa, ahora bien si la secretaria la sigue sin excepciones, entonces pueden producirse consecuencias indeseadas: no me pasa la llamada de mi mujer que quiere comunicarme que mi hija ha sido ingresada en el hospital, no me pasa la llamada de la Rectora de mi Universidad que quiere comunicarme conmigo urgentemente, etc. Por esta razón, no deseamos secretarías que apliquen nuestras órdenes mecánicamente. Algunas veces, incluso, formulamos explícitamente el *defeater* que hace la regla inaplicable, decimos a nuestra secretaria: “No me pases, por favor, ninguna llamada de teléfono esta mañana, excepto si es muy importante”. Esta segunda regla es menos cierta y precisa que la primera. Aunque algunos casos están claramente excluidos por la regla (la llamada de mi mujer, la llamada de la Rectora de la Universidad), otros casos plantearán dudas a la secretaria y deberá ejercer su juicio para aplicar la norma. Ahora bien, esta segunda regla respeta en mayor medida mi autonomía (dado que en este caso, la aplicación de la norma me afecta fundamentalmente), que la primera mecánicamente aplicada. Alguien podría argüir, todavía, que sería mejor una regla que incluyera claramente las excepciones. Sin embargo, esto no es posible: son tantas y tan diversas las circunstancias que aconsejan la inaplicación de la norma, que no podemos encerrarlas en una formulación canónica que no contenga conceptos valorativos.

Pues bien, mi sugerencia es que el derecho introduce conceptos morales de un modo análogo al del ejemplo de la secretaria y, con los mismos argumentos, de manera justificada. Los conceptos morales que el derecho incorpora funcionan, a menudo, como *defeaters*, permitiendo a los ciudadanos ciertos comportamientos (la legítima defensa) o prohibiendo determinadas regulaciones a las autoridades (el establecimiento de penas crueles). En mi opinión, aunque la certeza es en alguna medida sacrificada, nuestra autonomía moral es más respetada.³⁴

Como F. Schauer ha argüido,³⁵ las reglas siempre padecen, en relación con su razón subyacente, de sobre e infrainclusión. Un modo de mantener parcialmente las ventajas de ser gobernadas por reglas y abordar el problema de la sobreinclusión y de la infrainclusión consiste en incorporar a las reglas

³⁴ Es obvio que la cultura del *constitucionalismo* ha incrementado el grado de incorporación de la moral al derecho (véase, por todos, para una valoración positiva de este hecho: Manuel Atienza, *El sentido del Derecho* (Barcelona: Ariel, 2001), pp. 112-114). No obstante, mi argumento aquí no trata de analizar la adecuación normativa del constitucionalismo, sino únicamente de mostrar que el incorporacionismo es un hecho del derecho de la modernidad y que este hecho está justificado normativamente. En este sentido vd. Francisco Laporta, *Entre el Derecho y la moral* (México: Fontamara, 1993), pp. 61-62. Desde este punto de vista, el constitucionalismo es únicamente un caso especial de la incorporación de la moralidad al derecho de la modernidad.

³⁵ Frederick Schauer, *Playing by the Rules* (Oxford: Oxford University Press, 1991), pp. 31-34

algunos *defeaters*, que permiten al aplicador de las reglas acudir a las razones subyacentes en algunos casos, con el objeto de no aplicar la regla a casos no abarcados por la razón subyacente. Es claro que la inclusión de dichos *defeaters* afecta a la *autonomía semántica* de las reglas y, por ende, disminuye la certeza. Pero esta disminución de la certeza se ve compensada por la posibilidad de justificar normativamente el uso de las reglas. Volvamos al ejemplo de la secretaria, si en lugar de añadir a la regla “No me pases ninguna llamada telefónica esta mañana” la cláusula “excepto que sea muy importante”, tratáramos de especificar las circunstancias en las cuales la regla debe ceder, nos enredaríamos en un casuismo desaconsejable y volveríamos a caer en el riesgo de infrainclusión: habría circunstancias que no incluiríamos en el *defeater* y que, en cambio, no estarían cubiertas por la razón subyacente. Infrainclusión en el *defeater* equivale a sobreinclusión en la regla.

Algunas veces T. Campbell parece ser consciente de estos problemas:³⁶

There are problems in the inclusion of vague moral judgment-inviting terms like “just” and “reasonable” which encourage extensive judicial discretion. But while it may not be possible to exclude these altogether, they can usually be interpreted as disguised references to accepted standards of conduct in the rules of society at the time, thus incorporating current practice into the law. But, in general, such legislation is undesirably vague and ambiguous in purpose and insufficiently restrictive of judicial legislation. It represents an understandable but regrettable passing of the legislative burden from government to courts.

Dos comentarios sobre este pasaje de Campbell: en primer lugar, la vía de interpretación sugerida de *defeaters* valorativos como “just” o “reasonable”,³⁷ no parece muy prometedora, porque en la mayoría de los casos interesantes los miembros de una sociedad aparecerían divididos al respecto (algunos de ellos estarían más bien perplejos) y, entonces, deberíamos interrogarnos sobre qué grado de consenso se precisa para saber si se ha instanciado o no un concepto valorativo. En segundo lugar, por las razones ya aducidas, la legislación que incorpora dichos conceptos valorativos como *defeaters* no me parece *undesirably vague and ambiguous*, sino que me parece necesaria y, por lo tanto, deseable, aunque introduzca algún grado de indeterminación en su aplicación.

Un debate reciente sobre el alcance del intuicionismo en filosofía moral puede sernos aquí de ayuda.³⁸ La cuestión es la siguiente: ¿es razonable

³⁶ Tom D. Campbell, *The Legal Theory of Ethical Positivism* (supra n. 8), p. 119.

³⁷ Que se halla también, por ejemplo, en Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin: ¿Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico” en Carlos E. Alchourrón, Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), pp. 315-316.

³⁸ Sigo la presentación y las ideas de David McNaughton, Piers Rawling, “Unprincipled Ethics” en Brad Hooker, Margaret Little (eds.), *Moral Particularism* (Oxford: Oxford University Press, 2000), 256-275.

concebir la moral como un conjunto de principios generales aplicables a los casos particulares? Los generalistas responden afirmativamente y los particularistas negativamente. Algunos generalistas están dispuestos a contestar no sólo que debemos concebir la moral como un conjunto de principios generales, sino también que –dado que las propiedades morales supervienen sobre determinadas propiedades naturales– dichos principios pueden ser formulados señalando las propiedades naturales que hacen que un comportamiento sea correcto o incorrecto moralmente. El utilitarismo, que considera que la corrección moral superviene sobre la propiedad de incrementar el bienestar de los seres humanos (o de los seres vivos que tienen capacidad de sufrir), es un ejemplo de tal tipo de generalismo, con un solo principio moral. Los particularistas insisten en que no es posible señalar ninguna propiedad natural que mantenga invariable su contribución a la corrección de las acciones. Existe sin embargo, una tercera posibilidad, denominada por McNaughton y Rawling, *thick intuitionism*, con arreglo a la cual hay casos no triviales de principios morales generales que incorporan necesariamente propiedades morales *thick*. Podemos mantener el principio deontológico que obliga a cumplir las promesas y podemos conceder que la noción de cumplir las promesas puede analizarse en términos no morales. Pero este principio moral debe incorporar algunos *defeaters* (normalmente concebidos como condiciones implícitas): se deben cumplir las promesas, excepto que no estén dadas bajo coacción injusta y que no lleven a realizar algo inmoral.³⁹ Es relevante apreciar aquí que sólo podemos completar el principio añadiendo como *defeaters* conceptos evaluativos: “we have tried to show that there are some reasons for thinking that there might be plausible weak moral principles involving thick concepts, and none involving non-moral concepts”.⁴⁰

Pues bien, mi sugerencia es que lo mismo ocurre con el derecho: hay buenas razones para pensar que debemos regular el comportamiento humano en los casos relevantes (en el derecho penal, en el derecho de contratos, etc.) mediante reglas claras que incorporan, sin embargo, *defeaters* formulados en términos morales.

Si se aceptan estos argumentos, entonces, la premisa 2) debe ser cambiada por:

2”) Para respetar la autonomía moral de las personas, debemos gobernar el comportamiento humano mediante reglas claras y precisas, que incorporan *defeaters* con contenido moral, que nos permitan determinar con un

³⁹ *Ibidem*, p. 269.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 272.

grado de certeza razonable cuándo determinados comportamientos están jurídicamente prohibidos.

1”) y 2”) no implican 3) (“Si para identificar los comportamientos que están jurídicamente prohibidos se debe acudir al razonamiento moral, entonces habrá mucha discrepancia y, por lo tanto, la certeza será sacrificada y la autonomía moral vulnerada”), sino una versión debilitada de 3) como la siguiente:

3”) Si para identificar los comportamientos que están jurídicamente prohibidos se debe acudir al razonamiento moral, entonces habrá algún grado de discrepancia y, por lo tanto, algún grado de certeza será sacrificado en aras del respeto a la autonomía moral.

Y lo que es más importante: 1”), 2”) y 3”) no permiten concluir de ningún modo:

4) El derecho debe ser identificado sin recurrir a la moralidad, puesto que, y éste ha sido el núcleo de mi argumento, 2”) supone ya el rechazo de 4).

VI

Las conclusiones de este trabajo son, entonces, las siguientes:

- 1) Desde el punto de vista conceptual es adecuado sostener la segunda versión de la tesis de la identificación del derecho, puesto que permite dar cuenta del indiscutible hecho de que los jueces acuden a la argumentación moral, a menudo, cuando resuelven los casos y, por otra parte, da cuenta de este hecho sin asumir la implausible conclusión, desarrollada como complemento de la asunción de la primera versión de la tesis, de que siempre que las normas jurídicas incorporan conceptos morales los jueces tienen discreción.
- 2) Desde el punto de vista normativo, aún reconociendo la importancia de la certeza en relación con el respeto de la autonomía moral de las personas, es esa misma autonomía moral la que exige que la certeza sea, en alguna medida, sacrificada para hacer lugar en la legislación a la presencia de *defeaters* morales que permitan una aplicación justificada de las reglas.

Por lo tanto, el positivismo jurídico exclusivo es inadecuado desde el punto de vista conceptual y el positivismo ético es inadecuado desde el punto de vista normativo.

