

POSITIVISMO BLANDO Y LA DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

Tomasz Gizbert-Studnicki
Tomasz Pietrzykowski
Universidad de Cracovia

RESUMEN. En este ensayo se analizan algunas dificultades con las que se enfrenta el positivismo blando en su intento de dar cuenta de la función que desempeñan los estándares morales en el proceso de aplicación del Derecho. Hoy en día, el positivismo tradicional no es capaz de llevar a cabo la tarea de explicar adecuadamente cómo funciona el Derecho y, en particular, de ofrecer una explicación convincente de las relaciones entre el Derecho y la moral. Por otro lado, aunque las distintas versiones del positivismo blando se enfrenten con numerosos problemas, se trata de un acercamiento prometedor que vale la pena desarrollar y continuar. Sin embargo, hay también un enfoque aún más radical que el positivismo blando, basado en la fórmula Radbruch y propugnado por la teoría de Robert Alexy, en cuya base se sostiene que la referencia a estándares morales como parámetro de validez es una característica necesaria de los sistemas jurídicos

ABSTRACT. This paper analyzes some difficulties faced by soft positivism when it seeks to explain the functions carried out by moral standards in the process of the application of law. Nowadays, traditional positivism is unable to explain properly how law functions and, in particular, to offer a convincing explanation for the relationship between law and morality. On the other hand, despite the fact that different versions of soft positivism face numerous problems, it is still a promising approach which is worth developing and continuing. However, an approach also exists which is still more radical than soft positivism. This approach is based on Radbruch's formula and is supported by Robert Alexy's theory, whose basis holds that the reference to moral standards as a parameter of validity is a necessary characteristic of legal systems.

1. Dos funciones de los estándares morales

Nos gustaría comenzar con una observación trivial acerca de la función que desempeñan los estándares morales en el proceso de aplicación del Derecho. En relación con este punto, es un lugar común que los estándares morales desempeñan, al menos, dos diferentes funciones en el proceso de aplicación del Derecho.

A. En primer lugar, las normas jurídicas se refieren frecuentemente a estándares morales que requieren ser aplicados por los jueces en sus decisiones. Conceptos como “abuso del Derecho”, “Treu und Glauben”*, “principios de coexistencia social”, “políticas públicas” (*public policy*), “justicia social”, “buena fe”, entre otros, están frecuentemente contenidos en las leyes. Cuando una norma jurídica contiene conceptos de este tipo, el juez, al decidir el caso, está obligado a tener en cuenta los estándares morales a los que se refieren dichos conceptos. El juez se enfrenta en estos casos con el problema de cómo identificar el contenido de esos estándares morales. La decisión judicial no puede extraerse simplemente del contenido de la ley, en la medida en que está basada en estándares morales a los que dichos conceptos (como los antes mencionados) se refieren. Ninguna decisión judicial puede llevarse a cabo sin aludir a dichos estándares. Por otro lado, los estándares extra-jurídicos a los que se refieren las normas no tienen que ser necesariamente de carácter moral. Con el propósito de ser breves, sin embargo, aquí discutiremos únicamente acerca de los estándares morales¹.

Parece que la diferencia fundamental entre la visión positivista y la no positivista acerca de la naturaleza de los conceptos anteriormente referidos puede ser resumida de la siguiente manera. Los positivistas creen que conceptos tales como “Treu und Glauben”, “políticas públicas” o “principios de cooperación social” tienen una textura abierta. De ahí que el juez goce de una reconocida discrecionalidad al decidir los casos. En el ámbito de la discreción judicial, cualquier decisión adoptada a partir de dichos conceptos resulta acorde con el Derecho. En este ámbito, cualquier decisión del juez podría criticarse como injusta, indebida, etcétera, pero no como antijurídica (incluso si, en el marco de un proceso, un tribunal superior encontrara que se trata de una decisión ilegal debido a una aplicación equi-

* En alemán en el original: buena fe. N. del t.

¹ Respecto a la relación entre el Derecho y los estándares morales, vid., Z. Ziembinski, *Etyczne problemy prawoznawstwa (Ethical Problems of Jurisprudence)*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdansk 1972, p. 154 ss.; J. Wróblewski, *Oceny i normy moralne w wykładni prawa (Moral Values and Moral Norms in Legal Interpretation)*, Zeszyty Naukowe UL, Seria I, Nauki Humanistyczno-Społeczne 1961, p. 22.

vocada de un principio moral, podría explicarse como un ejercicio de su propia discrecionalidad al decidir lo que sería una aplicación “correcta” de la norma en cuestión). Los estándares morales a los que se refieren dichos conceptos son extra-jurídicos. Por ello, en el ámbito de la decisión judicial no puede apelarse a un determinado estándar moral para demostrar que la decisión es antijurídica.²

Los no positivistas creen que el Derecho, al hacer referencia a estándares morales, efectivamente los está incorporando en él. Una decisión judicial que viole estos estándares no se considera únicamente como injusta, sino como antijurídica.³ Al aplicar estos estándares, el Juez está aplicando el Derecho. Aunque los estándares morales puedan ser vagos o ambiguos, forman parte del Derecho. Este tipo de estándares se diferencian de las leyes porque no “aprueban” ningún test de pedigrí prescrito por la doctrina de las fuentes del Derecho en un determinado sistema jurídico. De esta manera, si alguien desea responder a la pregunta de cuál es el Derecho válido en un determinado país, no puede confiar exclusivamente en el test de pedigrí (y, en particular, en la regla de reconocimiento), en tanto dicho test no permite captar los estándares que los jueces están obligados a aplicar.⁴

Actualmente, parece que los conceptos de este tipo desempeñan un papel más importante en la aplicación del Derecho que antes. Tal y como nos parece, cabría distinguir, *sit venia verbum*, una función “local” y una función “global” de este tipo de conceptos. Respecto a la función “local” de estos conceptos, queremos hacer referencia a su utilización en ciertas instituciones jurídicas; por ejemplo, en la institución del contrato o en la institución de la responsabilidad por daños (*liability in torts*). Cuando se contesta a la preguntas “¿es un contrato válido?” o “¿es X responsable de su acción?”, el juez debe, al menos en algunos casos, tener en cuenta estándares morales. Por ejemplo, el juez debe considerar si el contenido del contrato en cuestión incumple o no con “principios de cooperación social” o “*Treu und Glauben*” o el principio de *bona fide* (en su significado objetivo). Una situación similar ocurre en la determinación de responsabilidad por daños (*torts liability*); el juez debe considerar la pretensión del demandante a la

² Vid., H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals* en R. Dworkin (ed.) *The Philosophy of Law*, Oxford 1977, p. 22 y ss.; y J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford, 1979.

³ Vid., T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguly prawne (Legal Principles and Legal Rules)*, “Panstwo i Prawo” 1998, no. 4, p.25-26; R. Dreier, *Der Begriff des Rechts*, “Neue Juristische Wochenschrift” 1986, Heft 14, p. 815.

⁴ Vid. R. Dworkin, *Is Law a System of Rules?* en Id. *The Philosophy of Law*, op. cit. p. 38 y ss.; J. Wróblewski, *Nieostroszc systemu prawa (Fuzziness of Legal System)*, “Studia Prawno-Ekonomiczne”, t. XXXI, 1983, p. 8 y ss.

luz de los principios morales predominantes (por ejemplo, para determinar si dicha pretensión no constituye un abuso del Derecho).

Decimos que se trata de una función “local” de los estándares morales porque su utilización es considerada en conexión con la aplicación de una institución jurídica determinada. En la mayoría de los sistemas jurídicos, las normas jurídicas que forman parte de instituciones como el Derecho contractual o la responsabilidad por daños, hacen una referencia explícita a estándares morales. Gran número de instituciones jurídicas pueden identificar estándares morales de distintas maneras (por mencionar algunos ejemplos del Derecho Polaco) “principios de cooperación social” en el Derecho contractual y en el Derecho por Daños, “indignidad del heredero” en el Derecho Sucesorio, etc.).

Con la mención a una función “global”, queremos hacer referencia a la aplicación de estándares morales fuera del marco de una institución jurídica concreta. En particular, tenemos en mente la obligación de los jueces de considerar ciertos estándares morales básicos en los casos sometidos a su consideración. En primer lugar, tales estándares “globales” se encuentran en la Constitución. Generalmente, en todos los Estados constituidos en un Estado de Derecho (o *Rechtsstaatsprinzip*), la Constitución obliga directamente a los jueces. Esto significa que el juez (sin tener en cuenta si una institución jurídica hace referencia explícita a estándares morales) está obligado a considerar su decisión, en la perspectiva de ciertos estándares identificados por la propia Constitución. Por ejemplo, “justicia social” en la Constitución polaca, “justicia” en la Constitución española o “*Recht*” como opuesto a “*Gesetz*” en el Derecho alemán. Dejamos al margen los problemas procedimentales relacionados con esta consideración (por ejemplo, si el juez está autorizado a tomar una decisión en este sentido, o debe remitir el asunto al Tribunal Constitucional).

Con la intención de ser breves, nos referiremos a la función que cumplen los conceptos morales en la aplicación del Derecho como la “función de aplicabilidad” y distinguiremos una función “local” y una función “global” en la aplicación de los estándares morales. La naturaleza de la función de aplicabilidad consiste en la posibilidad de modificación de las decisiones judiciales. Los estándares morales justifican que se tome una decisión que se aparte de la literalidad de la norma que debe ser aplicada.

B. En segundo lugar, los estándares morales no solamente se utilizan al decidir casos particulares. Son utilizados también como criterio de valoración de la constitucionalidad de las leyes (conformidad de los actos del *Congreso* con la constitución) y, por tanto, como criterio de validez de las normas jurídicas. Desde un punto de vista conceptual, esta función parece

distinta de la función que desempeñan los estándares morales cuando se trata de decidir casos concretos. En lo que atañe a la aplicación de estándares morales al decidir un caso concreto, el juez puede formularse la siguiente pregunta: “¿el caso particular requiere apartarse de la regla general contenida en la ley?, o, en otras palabras, ¿la decisión obtenida por la aplicación de la regla general contenida en la ley debe ser modificada haciendo referencia a estándares morales? Al hacerlo (modificar la decisión prescrita por la ley), el juez no desafía la validez de la regla correspondiente. Dicha regla continúa siendo válida; sin embargo, debido a las circunstancias particulares del caso en cuestión, la decisión judicial debe ser modificada apoyándose en estándares morales (de lo contrario, debe negarse la aplicación de dicha regla al caso concreto). Esta observación se aplica, igualmente, a los estándares morales en su función local y global.

El efecto es distinto si los estándares morales se aplican en el contexto de evaluación de la constitucionalidad de las leyes. En este ámbito no se tienen en cuenta los casos concretos (aunque los magistrados constitucionales puedan tener en mente determinados tipos de casos). Los jueces consideran la constitucionalidad de las leyes *in abstracto*. Como consecuencia de su decisión, una determinada ley es declarada constitucional (y, por consiguiente, válida y obligatoria) o, por el contrario, es declarada inconstitucional (y, en consecuencia, inválida y no obligatoria). La regla jurídica considerada como inconstitucional debido a su inconsistencia con estándares morales deja de formar parte del Derecho (no solamente es modificada o deja de aplicarse a partir de determinados estándares morales). De esta manera, no es posible responder a la pregunta acerca de “¿cuáles son las normas de un Estado?” sin hacer referencia a dichos estándares morales.⁵

Nuevamente, tratando de ser breves, nos referiremos a esta función de los estándares morales como la “función de validez”.

En nuestra opinión, los positivistas tienen un problema más serio con la función de validez que con la función de aplicabilidad. Como se explicó anteriormente, los positivistas sostienen que la referencia a conceptos morales en el proceso de aplicación del Derecho es compatible con la tesis de la separación, en tanto los conceptos morales no son utilizados para determinar la validez de las normas jurídicas a aplicar. Por tanto, la pregunta “cuál es el Derecho de un determinado país” (en tanto que “Derecho” sea entendido como un conjunto de normas generales más que como un conjunto de normas

⁵ Para un análisis ejemplificador al respecto en el Derecho polaco, vid. T. Pietrzykowski, Z. Tobor, *Pojecie prawa w orzecznictwie Trybunalu Konstytucyjnego (Conception of Law in the Jurisprudence of the Constitutional Court)* en L. Leszczyński (ed.), *Zmiany społeczne a zmiany w prawie (Social Changes and Legal Changes)*, Lublin 1998, p. 161 y ss.

individuales) no requiere hacer referencia alguna a conceptos morales. En el ámbito de la función de aplicabilidad de los estándares morales, el conjunto de las normas jurídicas válidas puede determinarse sin hacer referencia a estándares morales. Esto no significa, sin embargo, que cada caso pueda ser resuelto por el juez sin hacer referencia a estándares morales.

Para el positivismo moderno (después de Hart) es un lugar común que, debido a la textura abierta del Derecho, las normas jurídicas no proporcionan una solución para cada caso concreto. Los casos difíciles no pueden decidirse basándose únicamente en la literalidad de la ley. Al decidir un caso basándose en estándares morales a los que las reglas se refieren, el juez está ejerciendo la discrecionalidad que le ha sido otorgada por el Derecho. Si un juez toma una decisión contraria a la literalidad de la ley, no gozando de ninguna discreción conferida por la ley (como en el conocido caso *Riggs vs. Palmer*), su decisión es jurídicamente incorrecta (no obstante el hecho de que pueda estar, o esté, moralmente justificada).⁶

Los positivistas simplemente repiten esta tesis como argumento en contra⁷, pero no suministran ningún argumento convincente en defensa de su posición. Podría decirse que se trata de una reafirmación de la posición positivista respecto a la cual no todas las normas que tienen en cuenta los jueces al decidir los casos son –por definición– normas jurídicas. Sin embargo, los positivistas tienen, al menos *prima facie*, buenas razones para adoptar esta visión. Asimismo, sus críticos (Dworkin) tienen buenas razones para creer que todas las normas jurídicas que contribuyen a dar forma a las decisiones jurídicas deben considerarse como elementos del Derecho y que la tarea de una teoría del Derecho consiste en proveer una explicación adecuada del lugar que ocupan en el sistema jurídico.⁸ En ambos casos tenemos una especie de supuesto conceptual y, al menos *prima facie*, ninguno de ellos puede ser derrotado únicamente por la invocación del otro.

No obstante, si los estándares morales desempeñan también una función de validez, esta respuesta no parece suficiente. Los positivistas parecen tener un problema con esta función debido a que parecería inconsecuente con el *test* de pedigrí del positivismo. Para responder a la pregunta “¿cuál es el Derecho?”, no basta con atenerse al mencionado *test* de pedigrí, debido a

⁶ J. Raz, *Legal Principles and the Limits of Law* en M. Cohen (ed.) *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, London 1984, p. 73 y ss.

⁷ Vid. R. Dworkin, *Reply to Critics*, en M. Cohen, *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, op. cit., p. 261.

⁸ Vid. J. Raz, *Two Views of the Nature of Legal Theory*, “Legal Theory” vol. 4 (1988), p. 273.

que existen ciertas reglas que pese a haber aprobado dicho *test* no forman parte del Derecho.

La defensa de los positivistas puede construirse a partir de la siguiente línea argumentativa. Si el tribunal constitucional (o cualquier otro tribunal) niega la validez de ciertas normas jurídicas porque contradicen estándares morales (no obstante dichas normas hayan aprobado el *test* de pedigrí), el tribunal constitucional continúa utilizando el criterio de validez proveniente de la Constitución. El tribunal puede hacerlo, si la Constitución lo permite o no y, en particular, si la Constitución hace una referencia explícita a los estándares morales que deben utilizarse como criterio de validez de las normas jurídicas.⁹ La decisión del tribunal constitucional acerca de si una norma jurídica es válida o no, está basada en el texto de la Constitución. Si la constitución hace referencia a los estándares morales como criterio de validez (circunstancia que está presente en la mayoría de las constituciones, aunque no necesariamente tenga que ser así), esta referencia no refuta la tesis positivista de la separabilidad (*separability thesis*).

Simplemente, el concepto de validez parece tener una textura abierta, exactamente en el mismo sentido en el que las normas jurídicas tienen una textura abierta en el ámbito de su aplicación. En la función de validez, la aplicación de estándares morales encuentra su legitimidad en el texto de la constitución. En ese sentido, la función de validez de los estándares morales no refuta la tesis del *test* de pedigrí, si bien nos lleva a sostener que el *test* de pedigrí tiene textura abierta.

Más aún, si los estándares morales desempeñan una función de validez, el papel de los estándares morales es negativo, en el sentido de que su aplicación puede conducir a la eliminación de determinadas normas jurídicas del sistema jurídico (aquellas que hayan aprobado el *test* de pedigrí). Los estándares morales en la función de validez no legitiman *per se* a una regla como regla jurídica. Por tanto, sólo aquellas reglas que hayan aprobado el *test* de pedigrí son normas jurídicas (aunque no todas las reglas que hayan aprobado este *test* son jurídicas).

No creemos, sin embargo, que la línea de defensa positivista basada en la tesis del *test* de pedigrí sea especialmente convincente. Por un lado, debe admitirse que una referencia explícita (o implícita) en la Constitución a estándares morales, entendida como criterio de validez de las normas jurídicas, no es una característica necesaria de un ordenamiento jurídico (y, por tanto, no es una característica conceptual del Derecho). El hecho de que gran

⁹ Cfr. J. Trzcinski, W. Gromski, *Niepozytywistyczna koncepcja państwa prawnego a Trybunał Konstytucyjny (A Non-positivistic Conception of the Rule of Law and The Constitutional Court)*, "Państwo i Prawo" 1995, no. 5, p. 4 y ss.

parte de las Constituciones hagan referencia a estándares morales (al menos implícitamente) es una cuestión empírica y no una cuestión conceptual derivada del propio concepto de validez. Se trata de una conexión empírica entre el Derecho y la moral y no una conexión conceptual.¹⁰ Por otro lado, sin embargo, los positivistas deberían admitir que la mayor parte de las constituciones de los órdenes jurídicos existentes tienen dicha característica. Si en defensa de su tesis, los positivistas repiten simplemente que no existe una conexión conceptual entre el Derecho y la moral, sino empírica, su teoría, a pesar de ser conceptualmente consistente, resulta vacía, en tanto no explica como funcionan realmente los sistemas jurídicos. Si, siguiendo a Hart, el positivismo se inclina a ser una “sociología descriptiva”, no puede ignorar el hecho de que la mayor parte de los sistemas jurídicos hacen referencia a estándares morales. De otra manera, el positivismo se convierte simplemente en una teoría conceptual sin ningún poder para explicar cómo opera de hecho el Derecho.

2. Positivismos blandos

Surge la pregunta de si es posible modificar la teoría positivista, a fin de que nos permita aprovechar las características de los sistemas jurídicos contemporáneos descritas líneas arriba. El candidato indiscutible para una teoría positivista de ese tipo es el “positivismo blando” (*soft positivism*).

El positivismo blando puede ser entendido como un conjunto de las siguientes afirmaciones.¹¹

- (i) La regla de reconocimiento establece qué normas pertenecen al sistema jurídico. Por “regla de reconocimiento” se entiende una convención socialmente aceptada que determina el criterio de validez de las normas jurídicas.
- (ii) La existencia de la regla de reconocimiento se manifiesta en una práctica común de los tribunales y las autoridades involucradas en el funcionamiento de un sistema jurídico. Dicha práctica común es un hecho social independiente de evaluaciones y consideraciones morales.

¹⁰ Para una discusión de este punto de vista vid. F. Schauer, *Positivism Through Thick and Thin*, en T. D. Campbell (ed.), *Legal positivism*, Ashgate-Dartmouth 1999, p. 195 y ss.

¹¹ El resumen que se presenta consiste en un conjunto de ideas básicas compartidas por todas las perspectivas que se identifican con la teoría denominada “positivismo blando”. Está basado en la discusión reciente que ha tenido lugar, principalmente, en la revista “Legal Theory” publicada en Cambridge. Los contribuyentes más activos a esta discusión han sido J. Coleman, W. Waluchow, B. Leite, P. Soper y K. Himma. Sería difícil no mencionar también el famoso Post-scriptum al Concepto de Derecho de H.L.A. Hart.

- (iii) La regla de reconocimiento puede determinar el criterio de validez en cualquier sentido. En particular, dicho criterio puede referirse y, de hecho, en la mayoría de los casos se refiere, al pedigrí de las normas. Sin embargo, el criterio de validez puede referirse al contenido de las normas o a su conformidad con estándares morales.
- (iv) La tesis de la separabilidad (*separability thesis*) significa únicamente lo siguiente: no es conceptualmente necesario que la regla de reconocimiento contenga algún criterio relacionado con el contenido de las normas jurídicas (o su conformidad con estándares morales). El hecho de que la regla de reconocimiento contenga algún criterio de este tipo es un asunto de convención (como se explicó en el punto (i)).

El elemento clave del positivismo incluyente (lo que determina que siga siendo una teoría positivista) consiste en la llamada tesis de la convencionalidad (*conventionality thesis*), la cual afirma la naturaleza convencional de la regla de reconocimiento.¹² La regla de reconocimiento puede contener, pero no tiene que hacerlo, algún criterio relacionado con el contenido de las normas; o, por decirlo de un modo más específico, algún criterio relacionado con la congruencia de las normas con ciertos contenidos morales.¹³ Es posible que existan varios modelos de sistemas jurídicos basados en esta versión del positivismo. Primero, es posible que la regla de reconocimiento se refiera exclusivamente a un determinado criterio de “pedigrí” (por ejemplo, “sólo las reglas dictadas por X [y sólo tales reglas] son jurídicamente válidas”). Segundo, es posible que la regla de reconocimiento se refiera exclusivamente a algún criterio relacionado con el contenido de las reglas (por ejemplo “sólo las reglas cuyo contenido sea consecuente con estándares morales son jurídicamente válidas”). Tercero, cabe la posibilidad de que existan varias soluciones combinadas. Para el positivismo blando es esencial (para no abandonar la posición positivista) la tesis de que el criterio de validez que adopte la regla de reconocimiento, es un asunto de convención social, y no un asunto de necesidad (conceptual o de otro tipo). Tiene que existir algún criterio, pero su naturaleza es un asunto contingente que depende de factores históricos, sociales y culturales. Actualmente, gran parte de los sis-

¹² Jules Coleman define “de manera aproximada” la tesis de la convencionalidad como “la pretensión de que el Derecho se hace posible en la medida en que hay una convergencia independiente del comportamiento con la actitud: lo que podemos entender como un “acuerdo” entre individuos expresado en una regla social o convencional” (J. Coleman, *Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis*, “Legal Theory” vol. 4 (1998). P. 381 y ss.

¹³ Vid. D. Lyons, *Moral Aspects of Legal Theory. Essays on Law, Justice and Political Responsibility*, Cambridge 1993, p. 77 y ss.

temas jurídicos están basados en una regla de reconocimiento que contiene estándares “mixtos” de validez de las normas jurídicas.

En este sentido, el positivismo blando intenta refutar la crítica dworkiniana, no tanto por rechazar la argumentación de Dworkin, sino demostrando que su argumentación no es inconsecuente con una teoría positivista. El hecho de que la regla de reconocimiento pueda hacer referencia a estándares morales no refuta la tesis de la separabilidad. La conexión entre el Derecho y la moral (conceptual o de otro tipo) no es necesaria. Puede existir o no, dependiendo de la convención social de que se trate. No es necesario (en cualquier sentido en que se entienda la palabra “necesidad”) que la regla de reconocimiento haga referencia a algún criterio moral de evaluación del contenido de las normas, al momento de comprobar su validez jurídica.¹⁴

Vale la pena advertir que el positivismo blando (en tanto teoría definida por la aceptación de las afirmaciones arriba descritas) puede aparecer en diferentes versiones que pueden ser consideradas como “más suaves” (*softer*) o “más duras” (*harder*).¹⁵ La versión menos radical (por consiguiente, más “dura”), sostiene que los estándares morales desempeñan únicamente una función de validez. Como se describió anteriormente, la inconsistencia entre determinadas reglas jurídicas y estándares morales puede conducir a la negación de validez de dichas reglas, aun cuando hayan aprobado el test de pedigrí. De esta manera, los estándares morales desempeñan, por así decirlo, un papel negativo consistente en la eliminación de ciertas reglas del Derecho.

A primera vista, esta versión del positivismo jurídico se asemeja a la “fórmula Radbruch” o a una teoría más sofisticada como la de Robert Alexy. Sin embargo, hay una diferencia fundamental entre esta versión del positivismo y la teoría de Radbruch o de Alexy. Concretamente, la referencia a un criterio moral en el positivismo blando forma parte de la regla de reconocimiento, como una convención social. Como se enfatizó anteriormente, la adopción de la regla de reconocimiento (y dicha adopción es una cuestión de hecho) implica que puede, pero no es necesario que sea así, referirse a estándares morales. En la teoría de Radbruch y de Alexy, la referencia a estándares morales como parámetro de validez de las normas jurídicas es una cuestión de necesidad y, por consiguiente, es una característica necesaria de

¹⁴ “El movimiento clave del Incorporacionismo consiste en la pretensión de que el positivismo no impone ninguna restricción en el criterio de validez” (J. Coleman, *Incorporationism...*, p. 407.)

¹⁵ Cfr. S. Shapiro, *On Hart's Way Out*, “Legal Theory”, vol. 4 (1998); M. Kramer, *How Moral Principles Can Enter Into the Law*, “Legal Theory”, vol. 6 (2000).

los sistemas jurídicos.¹⁶ En este sentido, la fórmula Radbruch (en la original y sofisticada versión defendida por Alexy) es incomparablemente más fuerte que el positivismo blando. Desde nuestro punto de vista, el positivismo blando es incapaz de hacer frente al problema fundamental que se intenta resolver con la fórmula Radbruch, concretamente, con el problema del Derecho Nazi. A fin de resolver este problema, la tesis de la convencionalidad debe ser rechazada; sin embargo, el positivismo no puede subsistir sin la tesis de la convencionalidad.

La versión más radical (y, por consiguiente, la más blanda) del positivismo blando (frecuentemente llamado “incorporacionismo” o “positivismo incluyente”¹⁷) sostiene que los estándares morales forman parte del Derecho, no sólo en el contexto de la función de validez, sino también en el contexto de la función de aplicabilidad. Por medio de una referencia explícita o implícita a los estándares morales en las normas jurídicas, dichos estándares se incorporan en el Derecho. Por tanto, los estándares morales no solamente sirven como criterio para determinar la validez de las normas jurídicas, también orientan el contenido de las decisiones judiciales. Los estándares morales a los que se refieren explícita o implícitamente las reglas jurídicas forman parte del Derecho. Una decisión judicial inconsecuente con dichos estándares no solamente puede criticarse por ser injusta e inequitativa, también por violar el Derecho. Una vez más, el hecho de que los estándares morales estén incorporados al Derecho, depende de que la regla de reconocimiento los adopte. Se trata, por tanto, de una cuestión de hecho y no de necesidad. Tales estándares no superan el test de pedigrí, pero su aplicación en la resolución de casos se sigue de la regla de reconocimiento adoptada.

3. Tres problemas

Las dos versiones del positivismo anteriormente presentadas se enfrentan, no obstante, a ciertas dificultades. Estas dificultades pueden resumirse brevemente de la siguiente manera.

(a) el concepto de “regla de reconocimiento”

El positivismo blando continúa siendo una teoría positivista en tanto mantenga el concepto de regla de reconocimiento, concebida y manifestada como una práctica común de las autoridades (tesis de la convencionalidad). Si no existiera esta práctica común, no habría regla de reconocimiento, en

¹⁶ Vid. R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg-München, 1994, p. 39 y ss.; Id. *On Necessary Relations between Law and Morality*, “Ratio Juris” vol. 2 (1989), p. 167 y ss.

¹⁷ Vid. J. Coleman, *Incorporationism...*, op. cit., nota 12; W. Waluchow, *Authority and Practical Difference Thesis*, “Legal Theory” vol. 6 (2000).

tanto que la regla de reconocimiento se constituye por dicha práctica común; en otras palabras, por la adopción de cierta convención.

La práctica de las autoridades debe ser común. Si diversas autoridades adoptan diferentes tipos de prácticas en la identificación de las normas jurídicas, la regla de reconocimiento deja de existir. Por tanto, la regla de reconocimiento no puede tener una textura abierta; si la tuviera, no existiría una práctica común. Si la regla de reconocimiento hiciera referencia a estándares morales, tendría necesariamente una textura abierta, debido a que los estándares morales son vagos e imprecisos por naturaleza. Por tanto, si la regla de reconocimiento hiciera referencia a estándares morales, se provocaría la “autodestrucción” de dicha regla. Como señala Dworkin, la controversia socava la convencionalidad del Derecho.¹⁸ La moralidad es inherentemente controversial. Por tanto, puede argumentarse que cuando la regla de reconocimiento alude a estándares morales, se convierte en controversial; y si es controversial, deja de ser una regla social. La tesis de la convencionalidad, por consiguiente, no se sostiene, en tanto no exista una convención común adoptada por los tribunales.

No pensamos que estas críticas en contra del positivismo blando sean sólidas. “Práctica común” no significa que se trate de una práctica “idéntica” o “unificada”. Es evidente que debe existir una similitud en los métodos y en los resultados de la identificación de las normas validas por parte de las autoridades. De otra manera, la regla de reconocimiento no podría existir. No obstante, esto no significa que los resultados de la identificación de las normas válidas tengan que ser los mismos. La existencia de cierta dosis de incertidumbre no implica el rechazo de la existencia de una práctica común.¹⁹

En el desarrollo de la práctica común por parte de las autoridades, surgen algunas áreas de incertidumbre que posteriormente desaparecen, siendo sustituidas posteriormente por nuevas áreas de incertidumbre. La práctica sigue siendo común, no obstante distintas autoridades pueden arribar a conclusiones diferentes. De cualquier forma, una regla de reconocimiento concebida de esta manera permite un mayor grado de certeza en la identificación de las normas jurídicas, de la que se logra por la mera referencia al contenido de las mismas. En segundo lugar, debe distinguirse entre la pregunta por el criterio de identificación de la validez de las normas jurídicas y la pregunta acerca de la aplicabilidad de dicho criterio. La regla de reconocimiento se

¹⁸ Vid. R. Dworkin, *Biorac prawa powanie*, op. cit., p. 121 y ss.

¹⁹ Para una serie de argumentos críticos respecto a la posición de Dworkin, vid. J. Coleman, *Negative and Positive...*, p. 39 y ss.

constituye por el consentimiento social (manifestado en la práctica de las autoridades) en relación con el criterio que debe ser utilizado.

Si el criterio no está definido, sino que permanece vago, su aplicación puede conducir en algunas ocasiones a resultados distintos. La práctica común (la adopción de la misma convención para identificar el Derecho) se manifiesta por la aplicación del mismo criterio, aunque ello no conlleve necesariamente los mismos resultados.

(b) el problema de la autoridad del Derecho

El positivismo blando admite la utilización de estándares morales con el propósito de identificar el Derecho. Esta tesis del positivismo blando es incompatible con la pretensión de autoridad, la cual se asume como inminente en el Derecho. La pretensión de autoridad del Derecho requiere que la norma jurídica aplicable sea la única razón para la acción, que sea independiente de otras razones; en particular, de aquellas razones relacionadas con las cualidades substanciales de la conducta regulada.²⁰ El Derecho pretende que la norma jurídica, entendida como razón para la acción, prevalezca sobre cualquier otro tipo de razones (en este sentido, constituye una razón excluyente).²¹ En otras palabras, una norma jurídica es una razón prevaleciente (*prevailing reason*) para la acción, independiente de las razones que la justifican y/o del hecho concreto al que se refiere dicha norma. El Derecho pretende que las normas jurídicas sean cumplidas sin indagar en las razones subyacentes de dichas normas. Por tanto, la moralidad no puede ser una condición para la juridicidad. Una regla autoritativa funciona en el razonamiento práctico anticipándose o sustituyendo a las razones dependientes (morales) que las justificarían. Esto significa que a partir de que una norma jurídica es adoptada, excluye (o pretende excluir) del razonamiento práctico de su destinatario cualquier razón substantiva que en otro caso pudiera ser considerada en su deliberación acerca de comportarse de la manera establecida por dicha norma jurídica. Si la regla de reconocimiento permite que la moralidad funcione como condición de validez de las normas jurídicas, dicha regla requiere que las autoridades indaguen las razones dependientes en orden a determinar lo que es el Derecho. Esto es incompatible con la

²⁰ J. Raz, *The Authority of Law*, capítulo 2.

²¹ Para una discusión sobre las razones para la acción y el concepto de “razones excluyentes” vid. J. Raz *Practical Reason and Norms*, 2ª ed. Oxford 1990, *passim*; cfr. también S.R. Perry, *Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory*, en T.D. Cambell (ed.), *Legal Positivism*, op.cit., p. 129 y ss.

pretensión de autoridad del Derecho, en tanto dicha pretensión requiere que las razones dependientes sean anticipadas o sustituidas.²²

En este momento no es posible discutir con todo detalle el problema de si el positivismo blando es compatible con la pretensión de autoridad del Derecho.²³ Requeriría una detallada discusión acerca de la “pretensión de autoridad” como un elemento inherentemente conceptual de lo que es el Derecho. En nuestra opinión, la pretensión de autoridad consiste en una ponderación autoritativa de diversas razones para la acción. El Derecho mantiene su carácter autoritativo si reclama su autoridad al ponderar dichas razones. Esto significa que el Derecho puede tener en cuenta razones morales sin perder su pretensión de autoridad. Por otra parte, aunque la regla de reconocimiento permitiera que las autoridades aplicaran estándares morales con el propósito de identificar las normas jurídicas válidas, no significaría necesariamente que estos estándares tuvieran que ser aplicados por sus destinatarios para responder a la pregunta de qué es lo que el Derecho les exige hacer. Una vez que las normas son identificadas por parte de las autoridades, se mantiene la pretensión de autoridad hasta en tanto el Derecho exija a sus destinatarios que tales normas son las únicas razones para la acción. En ese caso, los destinatarios se comportan de acuerdo con los estándares morales debido a que el Derecho se lo ordena con carácter autoritativo (no debido a ninguna cualidad sustantiva de las acciones).

c) diferencia práctica

La tesis de la “diferencia práctica” (*practical difference thesis*) puede concebirse como una manera más general de entender el argumento raziano de la pretensión de autoridad del Derecho. De acuerdo con esta tesis, el Derecho debe ser, en principio, capaz de realizar una diferencia práctica; es decir, debe ser capaz de influir en las deliberaciones y en las acciones.²⁴ El estatus epistémico de la tesis de la diferencia práctica no es completamente claro. En concreto, no está claro si la tesis de la diferencia práctica debe entenderse como una verdad conceptual acerca del Derecho (de manera similar a como opera la tesis raziana de la pretensión de autoridad del Derecho) o, por el contrario, como una verdad empírica que expresa una condición de la funcionalidad del Derecho. Dejaremos este problema al margen.

²² Cfr. J. Raz, *Authority, Law and Morality*, “The Monist” vol. 68 (1985) p. 301 y ss.

²³ Para una discusión de este problema, vid. W. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford 1994; cap. 4; T. Dare, W. Waluchow and the Argument from Authority, “Oxford Journal of Legal Studies”, vol. 17 (1997).

²⁴ Para un desarrollo de este argumento, vid. S. Shapiro, *The Difference that Rules Make* en B. Bix (ed.) *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Oxford 1999, p. 33 y ss.

La tesis de la diferencia práctica, según parece, no sostiene que el Derecho necesariamente tiene que ser capaz de generar una diferencia proporcionando razones para la acción (o razones excluyentes, como sostiene Raz). El Derecho puede realizar una diferencia práctica proporcionando información sobre cómo actuar. Con el propósito de ser breves, discutiremos la tesis de la diferencia práctica en su versión epistémica (creemos que la versión “motivacional” puede reducirse a la concepción raziana de la pretensión de autoridad del Derecho). En relación con la tesis de la diferencia práctica, el positivismo blando se enfrenta con la siguiente dificultad.

Cuando la regla de reconocimiento, o alguna norma primaria del sistema jurídico, hace referencia a estándares morales, no proporciona ninguna información relacionada con el contenido de los estándares morales que tienen que ser aplicados como guías para la acción. Por tanto, el Derecho basado en la regla de reconocimiento es incapaz de provocar una diferencia práctica en los destinatarios de las normas jurídicas porque fracasa al suministrar información sobre cómo hay que comportarse. El destinatario debe, por sí mismo, identificar el contenido de los estándares morales que tienen que ser seguidos.

Esta afirmación es aplicable tanto a las autoridades que deciden los casos, como a los destinatarios de las normas primarias del sistema. Por decirlo de una manera intencionalmente drástica: el Derecho se vuelve redundante, en tanto no conduce nuestras acciones proporcionando información sobre cómo actuar. La regla de reconocimiento fracasa en su función de identificar a las normas primarias que deben cumplirse y, en este sentido, no puede ser una solución para el defecto de incertidumbre de los sistemas jurídicos. Debe revisarse por separado la conformidad de cada norma primaria con los estándares morales. Por tanto, nos encontramos ante una situación en la que no hay ningún criterio (externo) que sea fiable para identificar a las normas que pertenecen al sistema, en tanto que su identificación depende finalmente de la evaluación que realizan los destinatarios de su contenido; dicha evaluación debe basarse en estándares morales. Por decirlo de otro modo, el Derecho establece la obligación de actuar de una manera determinada, solamente cuando hay suficientes razones (morales o de otro tipo) independientes para actuar así. Por tanto, la existencia y validez de las normas jurídicas resulta ser irrelevante para el resultado del razonamiento práctico. El Derecho no establece ninguna diferencia práctica para los destinatarios de las normas jurídicas.

Según nos parece, el argumento en contra del positivismo blando, basado en la tesis de la diferencia práctica, es bastante plausible, pero no necesariamente se sostiene. En nuestra opinión, la existencia de una norma jurídica que establezca la obligación de actuar de conformidad con el resultado de

la aplicación de estándares morales (sea una norma primaria o secundaria) puede desempeñar en el razonamiento práctico una función que podríamos denominar como “el cumplimiento de la función de moralidad”.

Esto significa que dicha norma impone a sus destinatarios la obligación de atender al resultado de la aplicación de los estándares morales a los cuales se refiere. De esta manera, el resultado de la aplicación de los estándares morales (al margen de qué tan controversial puede resultar) tiene que ser obedecido so pena de sufrir las consecuencias jurídicas negativas (sanción).

No cabe duda de que la consecuencia adicional de un comportamiento potencial impuesto por una norma jurídica influye (o, al menos, puede influir) en el razonamiento práctico. Si no existiera esta norma, otro tipo de razones podrían prevalecer sobre las razones pertenecientes a dicho criterio moral. Por ejemplo, si el criterio para reconocer las normas primarias (prescrito por la regla de reconocimiento) en un determinado ordenamiento jurídico, permitiera que sólo las normas primarias que satisfagan el valor de la igualdad se reconocieran como jurídicamente válidas, dicha regla de reconocimiento establecería claramente una “diferencia práctica”, al modificar el razonamiento práctico.

Obviamente, la diferencia que produce no excluye la evaluación moral de la norma primaria en cuestión (en tanto dicha norma cumple con el criterio moral de igualdad). La función de la regla de reconocimiento consiste en determinar la preferencia entre varias alternativas de estándares morales que pueden ser aplicados; así como la relación entre estándares morales y otro tipo de razones no morales. En el ejemplo arriba descrito, el criterio prescrito por la regla de reconocimiento (aunque sea vago) establece un cierto rango entre varios tipos de razones que deben tomarse en cuenta en el razonamiento práctico. Otorga preferencia al criterio de igualdad, aunque pueden existir fuertes razones para lo contrario (por ejemplo, el aumento de la eficiencia económica), lo que en otras circunstancias (si no existiera una obligación legal de por medio) podría pesar más que esta razón en concreto, perteneciente al valor de igualdad. El razonamiento práctico relacionado con el reconocimiento de las obligaciones impuestas por las normas primarias puede entenderse como una interacción entre razones morales y razones jurídicas. Las normas jurídicas son decisivas al momento de establecer una preferencia entre los resultados producidos tanto por razones morales como por razones no morales, indicando aquellos estándares morales que deben prevalecer. Esto se aplica tanto a las normas primarias que hacen referencia a estándares morales (en el contexto de la función de aplicabilidad de los estándares morales) como a la regla de reconocimiento (en el contexto de la función de validez de los estándares morales). Puede decirse que las normas

jurídicas funcionan como reglas de preferencia que operan en un segundo nivel del razonamiento práctico, en conexión con la ponderación de razones prácticas. Si esto es cierto, las reglas efectivamente provocan una diferencia práctica; en tanto que en su ausencia, la conclusión del razonamiento práctico sería diferente.

4. Una pequeña conclusión

Si la función de una teoría del Derecho consiste en dar cuenta de cómo funciona el Derecho o, en otras palabras, cómo puede ser explicada la práctica del Derecho, creemos que el positivismo tradicional (incluso en la sofisticada versión hartiana) no es capaz de llevar a cabo estas tareas y, en particular, de ofrecer una explicación convincente de las relaciones entre el Derecho y la moral. Creemos que aunque el positivismo blando se enfrenta con numerosos problemas, es un acercamiento prometedor que vale la pena desarrollar y continuar. No queremos decir que el positivismo blando sea la única teoría que sea posible para dar cuenta de las relaciones entre el Derecho y la moral. En particular, en este trabajo no hemos discutido un enfoque alternativo, basado en la “fórmula Radbruch” y defendido principalmente por Robert Alexy, que nos parece mucho más radical que el positivismo blando.

(Trad. de Raymundo Gama Leyva)



DOXA 27 (2004)
