

Gianella Bardazano 

Cuestiones metodológicas relativas al positivismo jurídico: “nuestro concepto de derecho”

Methodological questions related to the juridical positivism: “our concept of law”

Questões metodológicas relativas ao positivismo jurídico: “nosso conceito de direito”

Resumen: *El artículo se propone presentar un panorama introductorio de los compromisos metodológicos y conceptuales de la teoría del derecho de Joseph Raz, con miras a abordar las particularidades del relacionamiento entre el derecho y la moral desde la perspectiva del autor. Raz es un representante del positivismo jurídico como teoría del derecho y, además, sin afectar con ello el carácter positivista de su teoría, entiende que no existe un punto de vista jurídico diferenciado del punto de vista moral. Uno de los propósitos de su teoría del derecho es proveer una explicación de la naturaleza del tipo de institución social designada por nuestro concepto de derecho.*

Palabras clave: *Positivismo, concepto derecho.*

Abstract: *This article intends to present an introductory outlook of the methodological and conceptual commitments of Joseph Raz` law theory, with the intention of approaching the particularities of a relationship between law and moral from the perspective of the author. Raz is a representative of the legal positivism as law theory and, moreover, without affecting the positivist character of his theory, he understands that there is no legal point of view apart from the moral point of view. One of the purposes of his theory is to provide an explanation for the nature of the*

 Prof. Agr. Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay.

Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0002-7477-1305>

 gbardazano@gmail.com

type of social institution designated by our concept of law.

Keywords: *Positivism, concept law.*

Resumo: *O artigo se propõe a apresentar um panorama introdutório dos compromissos metodológicos e conceituais da teoria do direito de Joseph Raz, com o intuito de abordar as particularidades do relacionamento entre o direito e a moral desde a perspectiva do autor. Raz é um representante do positivismo jurídico como teoria do direito e, ademais, sem afetar com isso o caráter positivista de sua teoria, entende que não existe um ponto de vista jurídico diferenciado do ponto de vista moral. Um dos propósitos de sua teoria do direito é fornecer uma explicação da natureza do tipo de instituição social designada por nosso conceito de direito.*

Palavras-chave: *Positivismo, conceito direito.*

Aspectos generales

En este artículo abordaremos en general del problema de las relaciones entre el derecho y la moral, a partir del análisis del debate acerca de la incorporación o no de la moral al derecho, con especial referencia a la respuesta que Joseph Raz ofrece para esta cuestión, es decir, en el entendido de que es la denominada tesis de las fuentes sociales la que hace referencia a la relación entre el derecho y la moral. La validez jurídica, como identificación de las reglas que pertenecen al sistema jurídico, no puede depender de criterios de moralidad, sino hacer referencia exclusivamente a hechos sociales. Desde este enfoque, aquello que el derecho es puede identificarse con independencia de lo que debería ser, de allí que las razones morales no intervengan en la identificación de la existencia y contenido del derecho de una comunidad (Ródenas, 2003, 417). Ahora bien, Raz es un representante del positivismo jurídico como teoría del derecho y, además, sin afectar con ello el carácter positivista de su teoría, entiende que no existe un punto de vista jurídico diferenciado del punto de vista moral. Uno de los propósitos de su teoría del derecho es proveer una explicación de la naturaleza del tipo de institución social designada por nuestro concepto de derecho. Sin perjuicio de ello, las particularidades de la doctrina de la autoridad legítima como núcleo del concepto de derecho torna problemática –en principio– su adscripción al positivismo jurídico, si bien la literatura lo incluye entre los exponentes del positivismo jurídico excluyente, circunstancia ésta que revela la pertinencia de intentar reconstruir los elementos centrales de la propuesta, con el objetivo de aproximarnos a su particular enfoque del relacionamiento entre derecho y moral. La tarea de proporcionar una explicación acerca del problema de la normatividad del derecho es lo que justifica la atención especial a la cuestión del vínculo entre derecho y moral teniendo en cuenta la necesidad de una identificación del derecho socialmente orientada. Ello porque los sistemas jurídicos son sistemas normativos que se identifican por características que indican su papel como instituciones sociales (Raz, 1991, 193).

A modo de antecedentes. Panorama de la evolución de las tesis centrales del positivismo e impacto del embate de Dworkin

El siguiente esquema, para cuya presentación y formulación seguimos la propuesta de Moreso (2002), permite visualizar panorámicamente los ejes del debate Hart-Dworkin en torno a las tesis de las fuentes sociales y de la separación entre derecho y moral¹, que forman parte del núcleo conceptual del positivismo jurídico; incluyendo las formulaciones hartianas, las objeciones de Dworkin y, por último, las variaciones que se atribuyen a las versiones incluyente y excluyente del positivismo. Dichas tesis en el positivismo jurídico del siglo XX, identificado fundamentalmente con la teoría de H.L.A. Hart, pueden resumirse en la siguiente formulación: a) la existencia y contenido del derecho dependen de un conjunto de acciones de los miembros de la sociedad, de modo que identificar el derecho implica reconocer esos hechos sociales que dan lugar a la creación de normas jurídicas; b) la validez jurídica de una norma no supone necesariamente su acuerdo con la moralidad, y la validez moral de una norma no supone necesariamente su validez jurídica (Moreso, 2002, 94).

Las críticas efectuadas por Dworkin², por su parte, pueden presentarse en la siguiente enunciación: a) los principios morales son estándares aplicables jurídicamente, que no se originan en un hecho social; b) lo anterior implica que hay estándares que tienen validez jurídica porque son moralmente válidos (Moreso, 2002, 94).

Al interior del positivismo contemporáneo se reformulan las tesis centrales en los siguientes términos, considerando la incorporación de la moral al derecho: a) la existencia y contenido del derecho dependen de hechos sociales, que contingentemente pueden recurrir a estándares morales, tornándolos válidos jurídicamente; b) no es necesariamente el caso que la adecuación a la moralidad constituya una condición de la validez jurídica³ (Moreso, 2002, 95).

La reformulación de las tesis sin considerar la incorporación de la moral, es la siguiente: a) la existencia y contenido del derecho dependen únicamente de hechos sociales, que pueden describirse sin recurrir a la moralidad⁴. El abandono de la tesis de las fuentes, para Raz⁵, supone dejar sin posibilidad de análisis un elemento fundamental del derecho, que tiene que ver con su relevancia, que es la autoridad; b) la adecuación de las normas a la moralidad necesariamente no es nunca condición de su validez jurídica (Moreso, 2002, 94).

El debate Hart-Dworkin reabrió, en el campo de la teoría del derecho de finales de los años setenta del siglo pasado, la histórica polémica sobre el papel que juega la moral en la existencia y el contenido del derecho. Claramente luego de la publicación en 1994 del *Postscriptum* a la segunda edición de *El Concepto de Derecho* se desarrollaron las dos corrientes esbozadas, a partir de dos modos de identificar el derecho: el positivismo jurídico incluyente y el positivismo jurídico excluyente⁶. Sin perjuicio de la particular reformulación de las tesis centrales del positivismo jurídico que ofrece cada una de estas corrientes, es pertinente enfatizar que en el centro del debate se encuentra la compatibilidad de la inclusión de criterios sustantivos para determinar la validez jurídica con la tesis de las fuentes sociales del derecho (Himma 2002; Kramer 2004; Moreso 2004; Paulson 2011). La corriente incluyente se apoya en la posibilidad de que existan sistemas jurídicos cuyos criterios de validez incluyan o incorporen los principios morales. La identificación del derecho (su existencia y su contenido), por el contrario, para la corriente excluyente depende exclusivamente de hechos sociales. Adopta una versión fuerte de la tesis de las fuentes, al contrario de la versión débil que sostiene la corriente incluyente. Sostener la versión débil supone separar la práctica social y los criterios de validez, postulando que mientras el origen del derecho es fáctico (una práctica social), los criterios de validez que la práctica contiene, lo son contingentemente. Es decir que aunque se postula que el origen del derecho reside en un hecho social, se acepta que contingentemente los criterios de validez jurídica puedan consistir en principios morales⁷.

Dentro del positivismo jurídico, además, la discusión acerca de las relaciones entre la moral y el derecho y la cuestión de la incorporación de la primera al segundo, adquiere especial relevancia en la medida que las respuestas que se han dado pretenden ofrecer una descripción plausible de los ordenamientos jurídicos de las democracias constitucionales, en especial, para explicar el hecho de que las constituciones de dichos ordenamientos incluyen constantes remisiones a estándares de moralidad. Un rasgo central en la cultura jurídica de las democracias contemporáneas es la constitucionalización, por lo cual algunos autores consideran que el positivismo jurídico se ha vuelto inadecuado para dar cuenta de esos ordenamientos jurídicos. Por el contrario, Raz señala que el enfoque positivista es la única propuesta apta para dar cuenta de la naturaleza del derecho. Para este autor, un rasgo esencial de los ordenamientos jurídicos consiste en su *pretensión de autoridad*, de forma tal que es inconcebible un sistema jurídico cuyas autoridades no pretendan legitimidad,

y considera que no existe una obligación general de obedecer al derecho, sino eventualmente una obligación moral individualmente considerada⁸ (Raz, 2011/1982, 311-323; Raz, 2001, 378; Gaido, 2011, 121). En términos generales, una teoría del derecho brinda una explicación acerca de la naturaleza del derecho (Raz, 2005, 48; Raz, 1998). En el mismo sentido, Shapiro (2011) sostiene que al preguntarnos sobre la naturaleza del derecho, buscamos proporcionar un conjunto de propiedades que constituyen instancias del concepto de derecho: ser derecho es lo que hace al derecho, derecho (Shapiro, 2011, 9)⁹.

De alguna manera, lo que se considera problemático de la teoría de Hart en la discusión teórica contemporánea son, entre otras, dos cuestiones, según el análisis de Gaido, “1) *en qué sentido el derecho es fuente de razones justificatorias para aquellos agentes que no adoptan la perspectiva interna; y 2) en qué medida la idea de justificación relevante para explicar la normatividad del derecho puede ser mantenida de manera independiente de todo componente moral*” (Gaido, 2010, 153).

En definitiva, el centro del enfrentamiento entre las dos corrientes del positivismo jurídico mencionadas ha sido la tesis de las fuentes sociales del derecho (Bulygin, 2006, 109; Coleman, 2001, 75), o bien formulada en su versión fuerte, o bien aceptando que la corrección moral constituya –contingentemente– un posible criterio de validez jurídica y que, por tanto, ciertas normas morales pertenezcan a un sistema jurídico en virtud de su valor moral, aun cuando no posean una fuente social adecuada. Por otra parte, se ha asumido que afirmar el contingente valor moral del derecho (una cosa es la existencia del derecho y otra su evaluación) como corolario de la tesis de las fuentes sociales, resume el centro de la actitud metodológica, general y descriptiva, del positivismo jurídico como teoría del derecho¹⁰ (Jiménez, 2008, 283), sin agotar el campo de la reflexión iusfilosófica, que incluye aspectos morales y políticos.

En ese sentido, el compromiso con una teoría moral es una opción del teórico¹¹ del derecho, no en tanto positivista, sino como filósofo del derecho en sentido amplio¹² (Jiménez, 2008, 246). Raz es un representante del positivismo jurídico como teoría del derecho y, además, sin que ello afecte el carácter positivista de su teoría, entiende que no existe un punto de vista jurídico diferenciado del punto de vista moral.

A propósito de la separación conceptual entre derecho y moral y su re-conexión con las fuentes sociales

Resulta útil a los efectos de distinguir los contenidos de la tesis de la separación¹³ en la tradición positivista, tener presente que el positivismo jurídico –en tanto teoría del derecho– constituye un modo general y descriptivo de proporcionar una teoría acerca de lo que el derecho es. Esta caracterización se vincula con el enfoque metodológico al que refiere Bobbio cuando aborda el “positivismo metodológico” (Bobbio, 2004/1965, 41-43); esto es, vinculado al criterio de demarcación del objeto de estudio de la ciencia jurídica¹⁴ y, por tanto, a la pertinencia de la distinción entre derecho real y derecho ideal o entre derecho como hecho y derecho como valor, o bien, entre el derecho que es y el derecho que debe ser. En otras palabras, y recurriendo al contenido de la tesis de las fuentes sociales, el eje de la teoría positivista radica en la afirmación de que en cualquier sistema jurídico la validez de una norma jurídica depende de su fuente, no de su mérito. De ahí que Bulygin considere a la tesis de la separación entre derecho y moral también en términos de validez: “*la validez jurídica de una norma no implica necesariamente su validez moral y la validez moral de una norma no implica necesariamente su validez jurídica*” (2006, 73). En el mismo sentido, la caracterización de Bobbio del positivismo jurídico como forma de delimitar el objeto de estudio del derecho refiere a la centralidad de la aceptación de la derivación de hechos verificables¹⁵ como criterio para distinguir una regla jurídica de otros tipos de reglas. La correspondencia o no con algún sistema de valores o fines no es relevante para la demarcación del objeto de la ciencia jurídica y, por tanto, no incide en la identificación del derecho. Lo que se rechaza es la inclusión de elementos finalistas en la definición del derecho (como la obtención del bien común, la promoción del bienestar, la actuación de la justicia) en tanto ello determinaría que se rechacen como parte del objeto (por considerarlas no jurídicas) las reglas que, no obstante emanar de órganos autorizados mediante los procedimientos establecidos, no sirvan para alcanzar esos fines a pesar de que –en la práctica– puedan constituir el fundamento para evaluar y regular comportamientos (Bobbio, 2004/1965, 42).

La preocupación de los filósofos del derecho relativa a la especificación de las diferencias entre ambos sistemas normativos (el derecho y la moral) es planteada en la bibliografía positivista más relevante del siglo XX como un problema de demarcación¹⁶ (Kelsen, 1986/1960; Hart 1998/1961; Raz,

2011/1982; Raz, 1997) de acuerdo al cual la validez jurídica no puede depender de la validez moral, sea en todos o en algunos de los ordenamientos jurídicos posibles (Leiter 2011). En tanto el concepto de derecho debe su existencia a la existencia de fenómenos sociales intencionalmente producidos para resolver problemas de coordinación, la caracterización del derecho centrada en su naturaleza institucional, debe ocupar un lugar central en la teoría del derecho.

Una interpretación de la tesis de la separación como la negación de la vinculación entre derecho y moral es inaceptable para Raz. Si la tesis es entendida como afirmando que *“una teoría pertenece a la tradición positivista si y sólo si sostiene que las características necesarias del derecho pueden ser establecidas sin el uso de concepto moral alguno”* (Raz, 2007, 20), entonces su teoría acerca de la naturaleza del derecho no puede ser considerada parte de la tradición positivista, en la medida que la propiedad necesaria o esencial del derecho es –según su enfoque conceptual– que pretende autoridad legítima y, justamente, el concepto de autoridad legítima es un concepto moral (Raz, 2007, 20). La satisfacción de un valor moral –la autoridad legítima– *“puede fracasar en la práctica, pero la pretensión de que se lo satisface no se puede negar de manera explícita sin contradicción”* (Gaido, 2011, 191). En ese sentido, la tesis de la separación posee capacidad explicativa en la teoría del derecho de Raz vinculada, no al concepto de derecho, sino a la identificación del derecho (Gaido, 2011, 191; Moral Soriano, 2000, 341), lo cual la conecta con la tesis de las fuentes (Himma, 2002; Marmor, 2011).

En definitiva, entre las diferentes formulaciones de la tesis de la separación que suelen encontrarse en la literatura, quizás la que remite a una intuición más firme es la que pone el énfasis en que el derecho es un artefacto creado por el hombre, que constituye un producto de acciones de seres humanos, una práctica social; es decir, una realidad convencional (Bayón, 2002, 5; Leiter 2011, 664). Lo habitual es que se presente esta idea como “tesis de las fuentes sociales” (Raz, 2001) o “tesis social” (Raz, 2011/1982) que, teniendo en cuenta las reconstrucciones de las formulaciones presentadas en el apartado anterior, podría expresarse a través de la siguiente formulación de carácter conceptual: *“la existencia y el contenido del derecho, o lo que es lo mismo, qué es y qué no es derecho, es algo que depende (queriendo decir, por lo general, que depende exclusivamente) de hechos sociales complejos”* (Bayón, 2002, 6).

Algunas puntualizaciones acerca de la perspectiva de Raz

Introducción

A continuación se presentan las particularidades de los compromisos metodológicos que Raz asume al atribuirle al análisis conceptual o elucidación conceptual un rol central en la tarea de la teoría del derecho. El concepto de derecho para Raz no es introducido por el teórico con el objetivo de explicar la práctica jurídica, sino que se trata de un concepto que forma parte de nuestra propia auto-comprensión de la sociedad. En ese sentido, la intención de la filosofía del derecho “*es poner en claro la manera en que el derecho es concebido por quienes están sujetos a él, hasta el punto en que esto es una investigación conceptual más que empírica*” (Ruiz Manero, 1991, 335).

Entendidas como razones para la acción (Raz, 1991), la función de las directivas autoritativas en el razonamiento jurídico –que es un tipo de razonamiento práctico– es excluir el balance de razones. El razonamiento judicial es ejemplo por excelencia del razonamiento jurídico y, precisamente, en él una directiva autoritativa “*excluye cualquier deliberación acerca del peso de las razones de primer orden y aparta el propio juicio respecto a cuál sea la razón para actuar*” (Moral Soriano, 2000, 341). La fundamentación de esa función excluyente es el centro de la teoría de la autoridad legítima que propone Raz. De este modo, los dos elementos centrales y complementarios entre sí de la teoría del razonamiento práctico jurídico son la tesis de las fuentes sociales del derecho y la tesis de la autoridad legítima. Su importancia en la comprensión del razonamiento jurídico requiere tener en cuenta las tres tesis o condiciones que hacen parte de la doctrina de la autoridad legítima, cuales son: la tesis o condición de la justificación normal, la tesis o condición de la independencia y la tesis del reemplazo¹⁷.

Teoría del derecho y análisis conceptual

Una división general de las teorías acerca de las prácticas sociales consiste en distinguir teorías descriptivas, teorías analíticas o conceptuales, y teorías normativas, prescriptivas o críticas (Bix, 2006, 18). Las teorías descriptivas del derecho, en términos generales, suelen presentarse como miradas sociológicas, antropológicas o psicológicas acerca del modo en que la gente se comporta en situaciones jurídicas o de acuerdo a regulaciones jurídicas; o bien,

como reseñas históricas sobre desarrollos de sistemas jurídicos particulares. La perspectiva de Hart apunta a construir una teoría del derecho que conciba la práctica, al menos en parte, desde el punto de vista interno o perspectiva del participante que acepta el sistema jurídico como proveedor de razones para actuar (Bix, 2006, 19; Hart, 1994, 79-91).

La teoría del derecho es el estudio de una forma específica de organización social, que incluye el estudio acerca de la identidad y la estructura de los sistemas jurídicos, el tratamiento de la cuestión de si existe algún contenido necesario al derecho, así como el estudio de categorías propias de lo normativo como las de validez y eficacia del derecho. El derecho es un aspecto de un sistema político y, su existencia e identidad se encuentran vinculadas a la existencia y la identidad del sistema político del cual es parte (Raz, 1970/1986, 253). Un sistema jurídico puede ser concebido como un sistema de razones para la acción y, en base a ello, la cuestión de la identidad de un sistema es la cuestión de qué razones son jurídicas (Raz, 1970/1986, 253).

Raz emplea la expresión “*una teoría del derecho*” en sentido restringido: “*haciendo referencia a una explicación de la naturaleza del derecho*”. Y entiende que su éxito depende de que satisfaga los siguientes criterios: 1) que la teoría consista en proposiciones necesariamente verdaderas acerca del derecho y, 2) que dichas proposiciones expliquen lo que el derecho es (Raz, 2005, 47-48). Por otra parte, la naturaleza del derecho refiere a aquellas características o propiedades del derecho que hacen a su esencia (que hacen que sea lo que es). Ello no significa que no haya otras instituciones sociales que compartan con el derecho ciertas propiedades, pero no las esenciales, de forma que, aunque en numerosas sociedades a lo largo de la historia existan sistemas normativos que se parecen al derecho, si carecen de las propiedades esenciales, no son sistemas jurídicos (Raz, 2005, 57).

Sostiene Bix que elaborar una teoría acerca de la naturaleza del derecho resulta una empresa difícil, en la medida que “*el derecho parece ser una combinación de lo inmutable y lo contingente, de institución social y razonamiento práctico, de voluntad política y elaboración razonada*” (2006, 15). A partir de esa duda, plantea la pertinencia de afirmar que las teorías acerca de la naturaleza del derecho son necesariamente parciales, y que la complejidad del derecho, eventualmente, solo puede ser capturada por la combinación de teorías (Nino, 2014, 39-44). Para determinar cuál es el objeto de la teoría del

derecho de conformidad con la postura de Raz, pueden presentarse las siguientes afirmaciones, siguiendo la elaboración de Bouvier (2007). En primer lugar, explicar la naturaleza del derecho es tarea de la teoría del derecho, y ello requiere (aunque no se agota en) explicar el concepto de derecho. En segundo lugar, los conceptos se ubican entre las palabras y el mundo; o mejor, entre las palabras y sus significados, por un lado, y la naturaleza de la cosa a la que ellos se aplican, por otro. En tercer lugar, un concepto es una forma de concebir aspectos del mundo. Raz sostiene que debe distinguirse entre el manejo completo de un concepto (que equivale a conocer todas las propiedades esenciales (necesarias) del objeto al cual el concepto refiere) y el manejo de condiciones mínimas de posesión (que pueden involucrar propiedades necesarias y no necesarias del objeto). Por último, es necesario tomar distancia de las posturas que asocian analizar un concepto con analizar solamente el significado de expresiones lingüísticas. Explicar un concepto consiste en explicar su posesión y comprensión, haciendo hincapié en las habilidades que involucra su manejo (Bouvier, et al. 2007, 36-39).

Admitir que el concepto de derecho es el producto de una cultura específica, un concepto que no estaba disponible para integrantes de culturas anteriores, no muestra que dichas culturas carecieran de derecho (Raz, 2005, 78). Para Raz, la acusación de que *“una teoría del derecho debe ser local en tanto se aplica sólo a países que poseen nuestro concepto de derecho, o a países que poseen algún concepto de derecho, es errada”* (Raz, 2005, 79). En efecto, el derecho puede existir en culturas que no consideran a sus instituciones jurídicas como tales, y lo que se propone una teoría del derecho es, precisamente, explicar el derecho dondequiera que se encuentre, aún en comunidades que no poseen el concepto de derecho (Raz, 2005, 79).

Recordemos que Dworkin (1988/1986) asume que ser conscientes del concepto de derecho es necesario para la existencia del derecho en una comunidad: el derecho es una práctica interpretativa que sólo existe en comunidades que son conscientes de la naturaleza de esa práctica y de su carácter interpretativo, y, por tanto, poseen el concepto de derecho. Raz, en este punto, sigue lo sostenido por Hart, en cuanto a que poseer el concepto de derecho no es una precondition para que la sociedad sea gobernada por el derecho (Raz, 2005, 77). En definitiva, que el concepto de derecho sea local no implica que la teoría del derecho lo sea. La teoría del derecho sólo puede desarrollarse en culturas que poseen el concepto de derecho, *“pero sus*

conclusiones, si son válidas en algún sentido, se aplican a todos los sistemas jurídicos, incluyendo aquellos que, si hay tales sistemas, tienen lugar en sociedades que no tienen nuestro concepto de derecho” (Raz, 2005, 79).

Nuestro concepto de derecho

Una teoría que se ocupa de la naturaleza del derecho es general en sentido formal; es decir, en el sentido de que su método de investigación y las conclusiones a las que arriba son aplicables a todos los sistemas jurídicos. La generalidad a la que se hace referencia, entonces, tiene que ver con que las conclusiones de la investigación teórica puedan extenderse a cualquier sociedad, no en el sentido de que sus resultados valgan para todo fenómeno jurídico de cualquier sociedad, sino en el de que *“la investigación sobre la naturaleza del derecho junto con la comparación de los conceptos o la extrapolación del nuestro puede realizarse en cualquier tiempo y sociedad”* (Jiménez, 2008, 72). A su vez, sostiene Raz que no hay que olvidar que así como ha crecido el conocimiento acerca de las diferentes culturas, ha aumentado la interacción de unas culturas con otras. Ese fenómeno junto al multiculturalismo han permitido que *nuestro* concepto de derecho sea cada vez más inclusivo y, por ello, cada vez más general (Raz, 2005, 68).

En resumen, el propósito de la teoría del derecho de Raz es proveer una explicación de la naturaleza (rasgos o propiedades esenciales) del tipo de institución social designada por *nuestro* concepto de derecho (Bix, 2006, 20). La comprensión raziana de la teoría del derecho como análisis conceptual supone que el objetivo de la teoría es explicar nuestro concepto de derecho, no un concepto universal o intemporal del derecho (Bix, 2003). La universalidad de la teoría no se afecta por el hecho de que el concepto de derecho sea local y eventualmente no compartido por todas las culturas y personas que viven bajo el derecho. Se trata de un concepto que captura una institución social que puede existir inclusive en sociedades que carecen del concepto de derecho (Raz, 2005, 85).

Esta tensión entre lo local y lo universal está implicada en entender que el análisis conceptual es parte fundamental de la teoría del derecho. Raz, asumiendo una concepción antiplatonista, sostiene que los conceptos *“se encuentran entre las palabras en las cuales son expresados y sus significados, por un lado, y la naturaleza de las cosas a las que se aplican, por otro”* (Raz,

2005, 50), es decir, se encuentran entre las palabras y el mundo, como ya fue dicho. Nuestro concepto de derecho forma parte de los conceptos que estructuran la comprensión que tenemos de nosotros mismos y de nuestra sociedad, a la vez que moldea la realidad que buscamos comprender (Gaido, 2010, 154). De ese modo, el propósito de la filosofía del derecho sería establecer los estándares que rigen el uso correcto del concepto de derecho, ofreciendo una herramienta para su mejor comprensión (Gaido, 2011, 47). Asimismo, la tarea de analizar el concepto de derecho incluye el establecimiento de relaciones con otros conceptos, la ubicación del concepto de derecho en una red conceptual más amplia, así como la determinación de cuáles son las habilidades o destrezas vinculadas a la posesión mínima del concepto y a su manejo acabado (Gaido, 2011, 49). La elucidación del concepto de derecho contiene una tarea evaluativa en tanto requiere justificar por qué se considera que ciertos rasgos constituyen los rasgos esenciales; y ello es así porque lo que se espera del teórico del derecho es que identifique, sobre la base de buenas razones, los elementos necesarios para que haya derecho. En ese sentido, en la medida que la argumentación evaluativa exigida al teórico es distinta de la argumentación moral, se sostiene que el carácter evaluativo de la teoría raziana es débil (Gaido, 2011, 50). Sin embargo, si se considera que el punto de vista de los participantes (punto de vista interno) tiene, a los fines teóricos, privilegio conceptual, entonces, la teoría tendría un carácter evaluativo fuerte, en la medida que se compromete con una argumentación moral. Y ello porque los participantes de la práctica están comprometidos con la idea de que el derecho tiene autoridad legítima (Gaido, 2011, 113).

En el apartado siguiente desarrollaremos la caracterización tradicional del positivismo jurídico como una teoría del derecho descriptiva y general, mencionada al inicio del apartado 3, procurando mostrar en qué medida la de Raz es una teoría que se sitúa dentro del marco teórico positivista, aun caracterizando la elucidación conceptual del concepto de autoridad legítima como explicativa y normativa.

El positivismo jurídico como teoría descriptiva y general

El positivismo jurídico surge en la época en que tiene lugar en occidente el cambio de paradigma científico implicado por la consolidación del positivismo científico y filosófico (a lo largo del siglo XIX y hasta entrado el siglo XX). Sin perjuicio de ello, la asunción de que hay un solapamiento del posi-

tivismo jurídico respecto del positivismo científico y filosófico (Jiménez, 2008, 30), no es aceptada unánimemente en el campo teórico del derecho. En ese sentido, numerosos autores han considerado que se trata de corrientes autónomas. Raz, por ejemplo, afirma que *“está bien establecido que el positivismo jurídico es esencialmente independiente (aunque no históricamente desconectado) tanto del positivismo de la filosofía del siglo XIX como del positivismo lógico [del siglo XX]”* (Raz, 1979, 55).

Al positivismo jurídico se le atribuyen dos características en tanto teoría del derecho, cuales son la actitud general y descriptiva. Ahora bien, no es sencillo distinguir entre las diferentes corrientes o escuelas que se han denominado positivistas en los siglos XIX y XX. En ese sentido, al positivismo jurídico continental del siglo XIX suele caracterizarse como formalista y prescriptivo. Si bien tiene pretensiones de generalidad en la medida que se centra en la construcción de conceptos generales aplicables a los diferentes ordenamientos jurídicos, sus intenciones también tienen un fuerte componente dogmático. A esta corriente puede atribuírsele la creencia de que lo único que no es cambiante en la realidad jurídica es su forma, de modo que sólo a ella puede considerársela válida en términos generales. Por lo tanto, la teoría jurídica es una teoría general de las formas, entendiendo por “forma” tanto los “principios superiores” del derecho como un “sistema conceptual” elaborado para la explicación del derecho o, como “formas puras de la conciencia” (González 1961, 47; Jiménez, 2008, 34). El derecho no era, para los positivistas del siglo XIX, el derecho natural entendido como conjunto de principios universales e inmutables del cual era posible deducir otras normas, sino que los juristas trabajaban con un derecho proveniente de acuerdos sociales, que cambiaba geográfica y temporalmente. El derecho, entonces, está integrado por elementos cambiantes y por una estructura formal estable que, precisamente por esa característica, va a constituirse en el objeto de la ciencia jurídica formalista.

Teniendo en cuenta lo anterior, el positivismo jurídico decimonónico es susceptible de ser caracterizado en los términos que Bobbio presenta al “positivismo teórico”, sobre la base de las siguientes tesis fundamentales: a) el derecho es un fenómeno coactivo; b) la norma jurídica es un imperativo y tiene la estructura de un mandato; c) supremacía de la ley como fuente del derecho; d) el derecho en tanto sistema es completo y coherente, por lo cual no presenta ni lagunas ni antinomias; e) la función judicial es una actividad mecánica y de-

ductiva. Ahora bien, es importante tener en cuenta que estas características del derecho no son una consecuencia de la consideración metodológica del derecho como un hecho, sino la consecuencia de haber identificado en un determinado momento histórico (coincidente con la concentración de la producción normativa en los órganos estatales) el fenómeno jurídico con el complejo de normas producidas por el Estado (Bobbio, 2004/1965, 46). En ese sentido, el positivismo jurídico como teoría es el reflejo, en el pensamiento de los juristas, de la formación del Estado moderno (Bobbio, 2004/1965, 48).

El modelo del legislador racional forma parte de la tesis de la completitud y coherencia del derecho, de modo que, para la dogmática, las normas jurídicas son un dogma racional, producto de la voluntad legítima de un legislador racional. De este modo, de acuerdo con la dogmática, si el legislador es racional (o debe serlo), las leyes no tienen (o no deben tener) contradicciones ni insuficiencias o vacíos, y ello se traduce en directivas interpretativas concretas. A pesar de la pretensión descriptiva declarada, la dogmática del siglo XIX incluía un fuerte componente prescriptivo no explicitado. La racionalidad del legislador, sumada a la teoría mecanicista de la aplicación del derecho, formaba parte de la defensa de la dogmática a determinados valores asociados a la separación de poderes como doctrina política. Se concluye que *“los jueces, por su parte, debían limitarse a aplicar mecánicamente el derecho y, en ningún caso, crearlo. La realidad jurídica, con independencia de que fuera así, debía ser así. El derecho, entonces, no debía contener lagunas ni contradicciones, pues en otro caso los jueces estarían en condiciones de crear derecho. Es separación de funciones otorgaba legitimidad al poder del Estado y a su criatura más directa: el derecho”* (Jiménez, 2008, 36).

Junto con la separación de poderes, agrega Jiménez, la certeza del derecho y la seguridad jurídica constituyen los valores por antonomasia en los condicionamientos ideológico-jurídicos del siglo XIX. La seguridad se garantizaba con las leyes generales, abstractas, claras y sencillas. La certeza, por su parte, otorgaba al derecho positivo autoridad moral, en la medida que el derecho entendido como coherente, pleno y cierto aseguraba ya sea la justicia, el orden, la paz social¹⁸ (Jiménez, 2008, 37). Esa valoración positiva del derecho tenía, entonces, que ser observada por el jurista en su tarea de explicación y reconstrucción de los materiales normativos, pero, además, le exigía adhesión moral al derecho; por lo cual el jurista dogmático-positivista

debía obediencia jurídica y moral al derecho, lo cual constituye un rasgo del denominado “positivismo ideológico”¹⁹ (Bobbio, 1993, 229). El paso de la teoría a la ideología, entonces, es el paso de la verificación de un hecho o afirmación de su existencia (por ejemplo, que la fuente principal es la ley) a considerarlo valioso (el criterio para juzgar la justicia de la ley coincide con el que se adopta para determinar su validez) (Bobbio, 2004/1965, 47).

La literatura iusfilosófica no encuentra hasta mediados del siglo XX (con la teoría de Hart) una versión del positivismo jurídico que acepte la caracterización, sin mayores dificultades, de ser una teoría general y descriptiva sin pretensiones ideológicas. La jurisprudencia analítica inglesa combina la epistemología empirista y un método analítico que emplea instrumentos de la pandectística alemana (Jiménez, 2008, 37). De acuerdo con Losano, tal vez uno de los problemas del positivismo jurídico para ser una teoría efectivamente descriptiva radique en que se sitúa entre dos modelos teóricos: la *jurisprudence* angloamericana y la teoría general del derecho de Europa continental. En tanto la primera “*busca las nociones comunes del ordenamiento jurídico a través de un procedimiento inductivo que parte generalmente del Common-Law y, en este sentido, es una teoría que nace de lo empírico, la teoría general del derecho, por su parte, es más idealista en cuanto que desciende a través de un procedimiento deductivo desde la idea de derecho (...) hasta los elementos comunes a todo lo que se presenta como derecho (...), pero no a todos los derechos empíricos*” (Losano, 1978, 315-318).

En la jurisprudencia analítica del siglo XIX, Bentham (1789) diferenciaba, por un lado, la actividad de los teóricos del derecho que se dedicaban a la jurisprudencia local o a la jurisprudencia universal, dependiendo de si su objeto de estudio consistía en un ordenamiento jurídico nacional o en los ordenamientos jurídicos en su conjunto. Por otro lado, distinguía la *jurisprudencia expositiva* de la *jurisprudencia censoria*, según se tratase de una actividad consistente en describir y explicar el derecho tal como *es*, o bien, de una actividad consistente en ocuparse del derecho como *debía ser*, aplicando al derecho la distinción tradicional en el ámbito filosófico.

Posteriormente, Austin (1861) diferenció entre un modo o punto de vista descriptivo de acercarse al derecho y otro normativo, prescriptivo, crítico, moral o político de hacerlo. El primero, propio de la jurisprudencia, se ocupaba del derecho positivo de una sociedad; en tanto el segundo, relativo a la

ciencia de la legislación, se ocupaba del derecho que *debía ser*: “*la existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito otra (...) las más perniciosas leyes, y por consiguiente aquellas que son más opuestas al testamento de Dios, han sido y son continuamente aplicadas como leyes por los tribunales de justicia*”. A su vez, Austin también distinguía una jurisprudencia particular o nacional y una jurisprudencia general o filosofía del derecho positivo, siendo la última la que debían practicar los iusfilósofos que se ocupaban del derecho de un modo general y descriptivo.

Por otra parte, el positivismo jurídico caracterizado como acercamiento general y descriptivo al fenómeno jurídico aparece, en 1934, representado por Kelsen, quien entendía que la teoría pura del derecho se ocupaba de dar cuenta de su naturaleza, de determinar su estructura y formas típicas, absteiniéndose de juzgar axiológicamente los contenidos del derecho positivo.

Contemporáneamente a la teoría de Hart, Bobbio señala que la actitud o abordaje metodológico del positivismo consiste en formular juicios descriptivos y no de valor. En el marco de los desarrollos del positivismo incluyente, Coleman (1982, 34) sostiene que el positivismo posee una pretensión analítica o conceptual acerca del derecho, en virtud de la cual, no puede confundirse con intereses normativos, a pesar de que algunos positivistas sí los tengan.

Con relación al enfoque conceptual de Raz, ya señalamos que el autor elabora una teoría del derecho que consiste en el análisis conceptual e intenta explicar “*nuestro concepto de derecho*” (Raz, 2005, 79; Bix, 2006, 20). Se trata de una teoría que se ocupa de la naturaleza del derecho y que es general en sentido formal; esto es, que su método de investigación y las conclusiones a las que arriba son aplicables a todos los sistemas (Raz, 2005, 67 y 84-86). Raz (1979, 58-62). Asume, por otro lado, que es un rasgo definitorio de la tradición positivista la tesis de separar la descripción del derecho de su evaluación; de modo que la tarea de la teoría del derecho consiste en la descripción de la naturaleza del derecho, en términos generales o universales. El tratamiento del tema del punto de vista teórico en su concepción, teniendo en cuenta los antecedentes de la tradición positivista en la que se ubica y, en ese sentido, las diferencias de su propuesta con la de Hart, constituye una cuestión significativa para comprender el abordaje de la normatividad del derecho y, con ello, las especificidades de considerar a la pretensión de autoridad legítima como una propiedad necesaria o esencial del derecho. La existencia de un sistema

jurídico requiere una autoridad efectiva y, a su vez, la existencia de una autoridad efectiva requiere un cumplimiento generalizado de sus normas porque las ha dictado la autoridad (requiere eficacia causal de las normas jurídicas) (Vilajosana, 2007, 56). Ahora bien, sostiene Raz, que los participantes aceptan el derecho en virtud de consideraciones morales, en la medida que –de acuerdo con nuestro concepto de derecho– toda imposición de un deber a un tercero (aplicar una regla) no admite otra justificación que no tenga como base una razón moral (Gaido, 2010, 156-157). *“Los jueces que aceptan la regla de reconocimiento aceptan una regla que les requiere aceptar otras reglas que imponen obligaciones a otras personas. Ellos, por lo tanto, aceptan una regla que solo puede ser aceptada de buena fe por razones morales”* (Raz, 1984, 130). Ellos, por lo tanto, aceptan la regla de reconocimiento por razones morales o, al menos, pretenden que así lo hacen.

Referencias

- Atienza, M. (2003). Entrevista a Ricardo Guibourg. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (26), 893-917.
- Bayón, J. (2002). El contenido mínimo del positivismo jurídico. En V. Zapatero (comp.). *Horizontes de la filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel* (pp. 33-54). Alcalá de Henares: Publicaciones de la Universidad de Alcalá,
- Bix, B. (2006). *Teoría del derecho: ambición y límites*. Madrid: Marcial Pons.
- Bobbio, N. (2004). *El Problema del Positivismo Jurídico*. México: Fontamara. (año de publicación del libro original, 1965).
- Bouvier, H., et al (eds.) (2007). *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Bulygin, E. (2006). *El positivismo jurídico*. México: Fontamara.
- Calsamiglia, A. (1998). Postpositivismo. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1(21), 209-220.
- Coleman, J. (1996). Authority and Reason. In R. George (ed.). *The Autonomy of Law* (pp. 287-319). Oxford: Clarendon Press.
- Coleman, J. (1998). Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis. *Legal Theory*, (4)4, 381-425.
- Coleman, J. (2001). *The Practice of Principle. In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI. (año de publicación del libro original, 1985).
- Dworkin, R. (1988). *El imperio de la justicia*, Barcelona: Gedisa. (año de publicación del libro original, 1986).

- Dworkin, R. (1996). *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Escudero, R. (2004). *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Civitas, Universidad Carlos III.
- Gaido, P. (2010). El privilegio conceptual de los participantes en la teoría del derecho de Joseph Raz. *Isonomía*, (32), 149-164.
- Gaido, P. (2011). *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*, Madrid: Marcial Pons.
- González Vicén, F. (1961). Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 8, 47-75.
- Hart, H. L. A. (1998). *El Concepto de Derecho*. (Trad. G. Carrió) Buenos Aires: Abeledo – Perrot. (año de publicación del libro original, 1961).
- Hart, H. L. A. (1980). El nuevo desafío al positivismo jurídico. *Sistema*, (36), 3-18.
- Hart, H. L. A. (1994). *Postscript*, P. Bulloch y J. Raz (eds.), Oxford University Press [Post Scriptum al Concepto de Derecho, P. Bulloch y J. Raz (eds.) (2000), trad. R. Tamayo y Salmorán. México: UNAM].
- Himma, K. (2002). Inclusive Legal Positivism. En J. Coleman (ed.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy* (pp. 125-165). Oxford: Oxford UP.
- Jiménez Cano, R. (2008). *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons.
- Kelsen, H. (1986). *Teoría Pura del Derecho* (trad. R. Vernengo). México: UNAM. (año de publicación del libro original, 1960).

- Kramer, M. (2004). *Where Law and Morality Meet*, Oxford-New York: Oxford University Press.
- Leiter, B. (2011). The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Scepticism, *Oxford Journal of Legal Studies*, 31(4), 663–677.
- Losano, M. (1978). *Los grandes sistemas jurídicos*. Madrid: Debate.
- Marmor, A. (2011). An Institutional Conception of Authority, *Philosophy & Public Affairs*, 39, 238-262.
- Moral Soriano, L. (2000). ¿Es el derecho tan normativo? La noción de autoridad de Joseph Raz en el razonamiento práctico jurídico. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (17), 337-357.
- Moreso, J. J. (2002). El Defensa del Positivismo Jurídico Inclusivo. En Navarro y Redondo (comps.) *La relevancia del Derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (pp. 93-116). Barcelona: Gedisa.
- Moreso, J. J. (2004). El positivismo jurídico y la aplicación del derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (27), 45-62.
- Moreso, J. J. (2012). La ciudadela de la moral en la corte de los juristas (Conferencia dictada en el Ciclo de Conferencias Carlos Santiago Nino, organizado por la Secretaría de Investigación - Facultad de Derecho – UBA). *Revista Pensar en Derecho*, (1), 291-305.
- Nino, C. S. (2014). *Derecho, Moral y Política. Una revisión general de la teoría del derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Orunesu, C. (2007). Sobre la inconsistencia teórica del positivismo incluyente, *Análisis filosófico*, 27(1), 23-46.
- Paulson, S. (2011). The very idea of legal positivism. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, (102), 139-165.

- Plunkett, D. (2013). Legal Positivism and the Moral Aim Thesis, *Oxford Journal of Legal Studies*, 33(3), 563–605.
- Raz, J. (2011). *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. México: Ediciones Coyoacán. (año de publicación del libro original, 1982).
- Raz, J. (1985). Authority, Law and Morality, *The Monist*, 68(3), 295-324.
- Raz, J. (1970). *El Concepto de Sistema Jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, trad. Tamayo y Salmorán, México: UNAM. (año de publicación del libro original, 1986).
- Raz, J. (1991). *Razón práctica y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Raz, J. (1997). La intención en la interpretación. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (20), 199-233
- Raz, J. (1996). Intention in interpretation. En R. P. George (ed.). *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism* (pp. 249-286). Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (1998). Two views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison. *Legal Teoría*, (4), 249-282.
- Raz, J. (2001). *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa.
- Raz, J. (1994). *Ethics in the Public Domain: essays in the morality of law a politics*. Oxford: Clarendon Press.
- Raz, J. (2006). El problema de la autoridad: de nuevo sobre la concepción de la autoridad como servicio. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (29), 141-175.
- Raz, J. (2007). The Argument from Justice or How not to Reply to Legal Positivism. En G. Pavlakos (ed.) *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy* (pp. 17-35). Oxford: Hart Publishing.

Raz, J. (2013). *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*. Madrid: Marcial Pons.

Ródenas, Á. (2003). ¿Qué queda del positivismo jurídico? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (26), 417-448.

Ruiz Manero, J. (1991). Entrevista con Joseph Raz, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (9), 321-344.

Vilajosana, J. (2007). *Identificación y justificación del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Notas

¹ Por razones de extensión, pero también de pertinencia, dejamos fuera del esquema la tesis de los límites del derecho.

² Según su enfoque, en primer lugar, todas las decisiones judiciales se basan en consideraciones de moral política y la teoría del derecho es, ella misma, un ejercicio de teoría moral y política normativa (Dworkin, 1985; Dworkin, 1986). Raz (como todos los positivistas) admitirían sin inconvenientes la afirmación acerca de la incidencia de las consideraciones de moral política como base de la decisión judicial en los casos en que el derecho basado en fuentes sociales se encuentra indeterminado o en los casos en que ocurre el conflicto de normas o, en general, en los “casos difíciles”. Si postular lo anterior para todos los casos “no significa que cada vez que los jueces aplican una ley consideren y renueven su fe en la democracia representativa, o en alguna otra doctrina de moral política de la cual se desprenda que deben aplicar tales leyes” y “simplemente significa que se presentan a sí mismos como personas que creen en la existencia de tal doctrina”, lo que resulta es que las sentencias representan decisiones morales en la medida que expresan una posición moral (Raz, 2001, 241), con lo cual Raz no tiene discrepancias. En segundo lugar, en la concepción del derecho como integridad los jueces tienen el deber (o responsabilidad profesional o institucional) de aplicar las normas que surgen de las fuentes jurídicas del país y, en caso de indeterminación o conflicto, de resolver guiados por los mejores principios de la moral política que constituye el fundamento del derecho de la comunidad y que permiten interpretar la historia jurídica del

país expresando “un solo esquema coherente de justicia y equidad en la proporción correcta” (Dworkin, 1986, 160). Es decir, las decisiones judiciales deben proporcionar la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad. El principio adjudicativo del derecho como integridad le exige a los jueces que identifiquen los derechos y deberes a partir de la creencia de que fueron establecidos por un mismo autor o una misma persona moral (la comunidad personificada) que expresa una correcta concepción de justicia y equidad (Dworkin, 1986, 164).

³ De acuerdo a las versiones incorporacionistas, o inclusivas del positivismo jurídico, la incorporación de la moral al derecho es contingente y, por tanto, la tesis de la separación entre derecho y moral es presentada como una tesis empírica. Cuando las disposiciones normativas incorporan conceptos o consideraciones morales, la identificación del derecho debe hacerse recurriendo a esos conceptos y consideraciones; por lo cual, en la actividad de adjudicación, los jueces aplican el derecho identificado recurriendo a criterios morales y el razonamiento judicial deviene en razonamiento genuinamente moral (Moreso, 2012).

⁴ La afirmación del positivismo excluyente consiste en sostener que la existencia y el contenido del derecho depende exclusivamente de hechos sociales, esto es, de si la fuente se encuentra en la legislación, el precedente o la costumbre; no de su corrección moral. Por tanto, una vez establecidos los hechos sociales apropiados nos encontramos ante los límites del derecho existente (Coleman, 1996; Orunesu, 2007). Podría ocurrir que sea el propio derecho el que autorice a los jueces a fundar una decisión en una pauta moral, es decir, en un elemento extrajurídico; con lo cual los estaría autorizando a ir más allá de los límites del derecho en la búsqueda de las razones para decidir.

⁵ La versión fuerte de la tesis de las fuentes sociales es una tesis conceptual, a diferencia de lo señalado en la nota 4. Uno de los rasgos esenciales del derecho es la pretensión de autoridad, lo cual implica suministrar a los destinatarios razones que desplacen el balance de razones. Si la referencia a conceptos morales en la formulación de las disposiciones normativas fuese entendida como una incorporación de pautas morales por el derecho, entonces éste no podría pretender autoridad, en la medida que esas pautas son válidas para sus destinatarios independientemente de lo que establezca la autoridad (Moreso, 2012).

⁶ Kramer (2004, 3) sitúa el nacimiento de ambas como reacción a las críticas formuladas por Dworkin al positivismo de Hart. Jiménez (2008, 189), por el contrario, concuerda con la afirmación de Kramer solamente en relación al positivismo jurídico incluyente, pero no con relación al positivismo jurídico excluyente, cuyas tesis centrales son previas al debate Hart-Dworkin. Lo que en todo caso es posterior a éste, sostiene Jiménez, es el calificativo de “excluyente” o “exclusivo”. Por otro lado, Escudero entiende que bajo la expresión “positivismo jurídico” hay lugar para la pretensión de que la moral pueda determinar la existencia y el contenido del derecho, sin necesidad de hacerle al positivismo ningún tipo de corrección (2004, 206).

⁷ La pregunta que se sigue de la afirmación incluyente acerca de que es conceptualmente posible que la moral forme parte de los criterios de validez jurídica es: ¿a qué moral se hace referencia? Si se tienen en cuenta la moral individual, social, concertada y objetiva; la única que no puede ser reconducida a hechos y, por tanto, quedar fuera de la tesis de las fuentes sociales en sentido fuerte es la moral objetiva, con lo cual se agrega a la tarea de identificar el derecho los problemas asociados al cognoscitivism moral. Evidentemente, esta circunstancia impide la compatibilidad del denominado positivismo incluyente con los compromisos metodológicos del positivismo como teoría del derecho.

⁸ Guibourg recuerda la posibilidad de sostener que hay una obligación moral “en principio” de obedecer el derecho; “pero esta no es una afirmación que integre el sistema de pensamiento del positivismo metodológico: es una afirmación que puede integrar el sistema de pensamiento moral de algunos positivistas metodológicos, tal como integra el de muchos iusnaturalistas. De hecho, se observan numerosos acuerdos de actitud moral entre positivistas e iusnaturalistas, porque la divergencia entre ambos enfoques (...) no es moral sino epistemológica” (Atienza, 2003, 899). De este modo, quien considere que la calificación de una norma como jurídica es una razón para obedecerla lo hace desde un punto de vista moral; y, “*a menos que se trate de lo que Bobbio llamaría un positivista ideológico (es decir un iusnaturalista del poder político), es casi seguro que impone límites (siempre morales, acaso matizados con otros prudenciales) a aquella supuesta obligación de acatamiento*” (Atienza, 2003, 899).

⁹ La denominada tesis de la aspiración moral del derecho (*moral aimthesis*) –propuesta por Shapiro (2011)– para hacer referencia a la naturaleza del derecho, es similar (sin perjuicio de sus diferentes características) a la pretensión de autoridad legítima propuesta por Raz. En efecto, Shapiro no sostiene que los ordenamientos jurídicos alcancen usualmente a cumplir con tal aspiración moral, sino que está históricamente demostrado que el derecho a menudo falla en el cumplimiento de ese objetivo primario. Lo que hace al derecho es que posee ese objetivo o esa aspiración moral (se trata de una propiedad esencial del derecho), no que la satisface (Shapiro, 2011, 212; Plunkett, 2013, 564). En el mismo sentido, para Raz es la pretensión de autoridad legítima lo que constituye el centro de la naturaleza del derecho, lo cual no implica que –efectivamente– los ordenamientos jurídicos concretos posean autoridad legítima (Raz, 2003b; Raz, 2007).

¹⁰ Bayón entiende que en esa afirmación (identificada con una de las formulaciones tradicionales de la tesis de la separación) subyacen dos tesis independientes, que a su vez se relacionan de un modo diferente con la tesis de las fuentes sociales. A la primera la denomina “tesis de la no conexión identificatoria entre el derecho y la moral” (esto es, aludiendo a la idea de que “nada es derecho simplemente porque sea justo o que nada deja de ser derecho simplemente porque sea injusto”) y sería equivalente a decir que la tesis de las fuentes sociales (en su versión fuerte) implica lógicamente la tesis de la no conexión identificatoria, “porque si se asume de entrada que la existencia y el contenido del derecho están determinados exclusivamente por hechos sociales complejos, entonces, por definición, su identificación no depende de ninguna otra cosa (y por tanto no depende de ninguna clase de evaluación ni argumentación moral)” (Bayón, 2002, 8). Por eso, como dice Raz, la idea de no confundir el derecho que es y el derecho que debería ser evita confusiones al separar nítidamente la descripción del derecho de su evaluación, pero no aporta una razón en favor de la aceptación de la tesis social, sino que, por el contrario, la presupone (Raz, 1982, 62). A la segunda tesis conectada con esa afirmación, Bayón la denomina “tesis del valor moral contingente del derecho” que –a diferencia de la tesis de la no conexión identificatoria– no es una implicación de la tesis social, lo cual supone que “no habría contradicción alguna en aceptar ésta y sostener al mismo tiempo que todo derecho posee necesariamente valor moral (aunque sea un valor moral no absoluto o concluyente, sino meramente prima facie)” (Bayón, 2002, 9).

¹¹ Guibourg (Atienza, 2003), al ilustrar la diferente conformación de las fron-

teras de la teoría del derecho según la correspondiente demarcación del objeto de estudio, enumera tres posibilidades que se constatan históricamente: a) si el derecho es entendido como un sistema normativo, la teoría del derecho se ocupará de reflexionar acerca de la estructura del sistema (lo cual incluiría su base lógica, sus instituciones o conceptos jurídicos fundamentales, el análisis de los mecanismos que determinan la unidad o la pluralidad de los sistemas, la creación y eliminación de normas, el fenómeno de la competencia, por ejemplo); b) si el derecho es entendido como un sistema de valores, la teoría del derecho será una teoría ética, o al menos una propuesta moral; c) si el derecho consiste en un estado de cosas que tienen lugar en la esfera social, la teoría del derecho será una teoría sociológica, o bien una teoría política. Agrega Guibourg que tomar partido por el primero de los enfoques (es decir, postular que la teoría del derecho se limita al análisis del derecho positivo) no implica que “hayamos de ser moralmente indiferentes, ni que sea moralmente obligatorio acatar cualquier arbitrariedad del gobernante de turno, [ni] quiere decir (...) que el jurista deba cerrar los ojos ante la ineficacia de las normas, ni ante la ceguera de los legisladores respecto de las necesidades sociales, ni ante el papel ideológico que el lenguaje jurídico desempeña a favor de quienes ejercen el poder de hecho, para calmar o desactivar las eventuales rebeldías o para justificar su represión” (Atienza, 2003, 897-898). Implica que, si bien todas esas reflexiones puedan ser ejercidas por una misma persona, “no pueden ejercerse a partir de los mismos métodos ni en el marco de una misma disciplina, especialmente si ella se pretende científica y sujeta a alguna clase de teoría o filosofía” (Atienza 2003: 897). En definitiva, afirma que “los conflictos internos que asuelan la teoría del derecho (y con más fuerza si el ámbito se amplía a la filosofía del derecho) son siempre los mismos: hay ejércitos de ideas que nacen en las actitudes valorativas y luchan por el predominio en el pensamiento jurídico (lo que incluye la conquista de ese preciado baluarte emotivo que es el lenguaje del derecho)” (Atienza, 2003, 898).

¹² Lo mismo puede decirse de la defensa del Estado de derecho como ideal regulativo (o como doctrina política orientadora). Es decir, desde un punto de vista jurídico acotado, dicho modelo consiste en un conjunto de principios cuya enumeración no resulta problemática, como el principio de legalidad, la publicidad del derecho, la irretroactividad de la ley, el debido proceso legal, la independencia judicial, entre otros (Raz, 2001, 395). Sin embargo, apenas se consideran los presupuestos institucionales y éticos de tales principios, la

cuestión se vuelve controvertida, tal que tanto su significación política como su justificación moral pueden variar en las diferentes sociedades. Sostiene Raz que el Estado de derecho no constituye un imperativo moral universal (2001, 395), en tanto que –como otras doctrinas políticas– “puede tener distintos significados y justificaciones morales en distintos países, precisamente debido a que varía en cuanto a sus detalles, y a que prospera en una variedad de entornos políticos y culturales” (2001, 375). En ese sentido, hace referencia al valor del Estado de derecho en sociedades democráticas y pluralistas para asegurar “un delicado equilibrio entre el poder de la legislatura democrática y la fuerza basada en la tradición” (2001, 403), tal que las virtudes destacables del modelo serían “la justicia burocrática (la protección del individuo en un espacio social anónimo) y la continuidad democrática” (2001, 404). Dichas virtudes son alcanzables en el marco de un entorno democrático y una cultura de legalidad, que cuenten con una tradición de independencia judicial, una profesión jurídica fuerte, una función pública independiente que sea leal al derecho y una fuerza policial que no sea corrupta (2001, 404). A la luz de dichas exigencias, es obvio que no se trata de “un ideal que pueda asegurarse con la sanción de unas cuantas leyes. Tampoco se trata de un ideal libre de toda mancha. Acarrea los problemas de la denegación del acceso efectivo a los tribunales, y de la alienación con respecto al derecho. La conciencia de su existencia debe disciplinarnos, debemos hacer lo posible para minimizarlas, y ser modestos en nuestro orgullo con respecto al Estado de derecho” (Raz, 2001, 404).

¹³ Un análisis pormenorizado acerca de las diferentes interpretaciones de la tesis de la separación, puede verse en Bayón (2002b), que realiza un interesante abordaje de algunas confusiones metodológicas generadas a partir de la afirmación de que “el contenido del positivismo metodológico se resume en la tesis de la separación conceptual (o de la “no conexión necesaria”) entre el derecho y la moral y se sostiene que su aceptación o rechazo marca una divisoria nítida entre positivistas y no positivistas” (2002b, 2). La insistencia en manejar la tesis de la separación como si expresara una idea unitaria o como si tuviese una interpretación unívoca, “está produciendo una enojosa y sistemática ofuscación en la teoría del derecho” (Bayón, 2002b, 3). En el mismo sentido, que la afirmación de la conexión necesaria entre derecho y moral puede hacer referencia a cuestiones diversas ha sido sostenido, entre otros, por Nino (2014), Waluchow (1998), Calsamiglia (1998) y Bayón (1991).

¹⁴ Como modo de acercarse al estudio del derecho, señala Bobbio, “el positivismo jurídico está caracterizado por una clara distinción entre derecho real y derecho ideal o, utilizando otras expresiones equivalentes, entre derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho que es y el derecho que debe ser; y por la convicción de que el derecho del cual debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo” (1965, 41).

¹⁵ Que sea el producto de un determinado procedimiento, que sea dictada por ciertos órganos, que sea efectivamente obedecida o aplicada.

¹⁶ Leiter –sin perjuicio de que su perspectiva recupera las corrientes realistas en la teoría del derecho y, por ende, su escepticismo– entiende que dos cuestiones son las que determinan que para autores como Kelsen, Hart y Raz sea necesario centrarse en la distinción entre derecho y moral como un problema de demarcación. En primer lugar, el hecho de que una norma sea jurídicamente válida no implica que sea moralmente obligatoria (o moralmente atractiva). En segundo lugar, el hecho de que una decisión tomada por un operador jurídico pueda ser moralmente atractiva no implica que sea jurídicamente obligatoria (Leiter, 2011, 670).

¹⁷ Dejamos anotado que estas tesis aparecen en diferentes textos de la obra de Raz con distintas denominaciones. En el texto sobre autoridad, moral y derecho (Raz, 1985, traducido al español en Raz, 2001) hace referencia a las tres tesis del siguiente modo: *the dependence thesis*, *the normal justification thesis*, *the preemption thesis* (Raz, 1985, 299) traducidas como tesis de la dependencia, tesis de la justificación normal y tesis de la exclusividad. Específicamente acerca del término *preemption*, en la traducción del texto sobre la autoridad de Shapiro (2013, 31) se escoge “prevalencia”. Esta opción supone que en algunos textos se hace referencia a “razones excluyentes” y en otros a “razones prevalentes”. En otras oportunidades (Raz, 2006; Raz, 2013) las tesis son presentadas como la tesis de la justificación normal, la tesis de la independencia y la tesis del reemplazo. Emplearemos esta última denominación por tratarse de la que se encuentra en los textos más recientes.

¹⁸ A este ideal de certeza pueden reconducirse algunas posiciones contrarias a la incorporación de la moralidad en el derecho, en tanto asumen que si el derecho emplea predicados morales o conceptos valorativos, los comporta-

mientos obligados o prohibidos quedarán indeterminados. En ese sentido, la reducción del margen de discrecionalidad de los jueces o, en otras palabras, reducir el ámbito del desacuerdo y la discrepancia es el objetivo de diferentes posiciones contrarias a las tesis incorporacionistas.

¹⁹ La atribución de un valor positivo al derecho positivo se presenta por dos vías argumentales: a) el derecho positivo, por el hecho de ser tal (es decir, por emanar de una voluntad dominante), es justo; b) el derecho, como conjunto de normas impuestas por quien monopoliza la fuerza, sirve con su mera existencia (e independientemente del valor moral de su contenido) a la obtención de ciertos fines colectivos deseables, cuales son el orden, la paz, la certeza y la justicia legal (Bobbio, 1965, 47). En ambos casos, la consecuencia es que las normas jurídicas deben ser obedecidas en cuanto tales, tal que, la obediencia al derecho es un deber moral (en el sentido, de obligación interna), debido por respeto a la ley y no una obligación externa o por temor a la sanción. De todas maneras, en la argumentación a) hay una adhesión al contenido del derecho cuya obediencia se afirma y, en la argumentación b) la adhesión al contenido es indiferente, en la medida que a lo que se considera valioso es al derecho como institución social adecuada para alcanzar ciertos fines. En este segundo caso, el deber de obediencia no impide la posibilidad de crítica ético-política a los contenidos del derecho. Resulta interesante –si bien no nos ocuparemos especialmente de ello– explorar si algunas afirmaciones de Raz acerca de la obediencia y la crítica moral al derecho son compatibles con esta versión moderada de positivismo ideológico. Por ejemplo, Raz entiende que las directivas autoritativas pueden ser moralmente vinculantes sin perjuicio de que sean moralmente defectuosas, ya que desde la perspectiva de los participantes, de su aceptación de la autoridad como legítima se sigue la normatividad del derecho. Por tanto, para el destinatario (el juez) toda directiva cuyo origen se encuentra en una fuente que es aceptada como autoridad legítima es una norma válida y debe ser obedecida y aplicada, lo que no excluye la facultad de los participantes para criticar moralmente el contenido de las directivas (Gaido, 2011, 120-121; Raz, 2001, 378). Por otro lado, el derecho como institución social contribuye al mantenimiento de la organización social en la medida que pretende proporcionar un marco para la conducción de todos los aspectos de la vida social (Raz, 1991, 179-194), con lo cual tiene algún mérito moral. En ese sentido, *“siempre se tiene una razón prima facie para obedecer el derecho porque allí donde éste existe contribuye al mantenimiento del orden social existente”* (Raz, 1991, 194-195).