

## **Positivismo y fidelidad al derecho: Una respuesta al Profesor Hart<sup>¶</sup>**

*Lon L. Fuller\**

El Profesor Hart ha hecho una perdurable contribución a la literatura de la filosofía del derecho. Dudo si acaso los temas que discute asumirán alguna otra vez la misma forma que tenían antes de ser tocados por sus poderes analíticos. Su argumento no es una mera reafirmación de Bentham, Austin, Gray, y Holmes. Las opiniones de ellos reciben en su exposición una nueva claridad y una nueva profundidad que son únicamente suyas.

Debo confesar que cuando me encontré por primera vez con los pensamientos del ensayo del Profesor Hart, me pareció que su argumento sufría de una profunda contradicción interna. Por un lado, rechaza enfáticamente cualquier confusión de “lo que es” con “lo que debe ser”. No tolerará “fusión” alguna del derecho y concepciones de lo que el derecho debe ser, sino a lo más una aséptica “intersección”. La comunicación inteligible sobre cualquier asunto, parece insinuar, se vuelve imposible si dejamos claro si acaso estamos hablando acerca de “lo que es” o “lo que debe ser”. Sin embargo, fue precisamente esta incertidumbre acerca del propio argumento del Profesor Hart lo que me dificultó en un comienzo seguir el hilo de su pensamiento. Algunas veces parecía estar diciendo que la distinción entre derecho y moralidad es algo que existe, y seguirá existiendo, como sea que

---

¶ “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, volumen 71, número 4 (febrero de 1958), pp. 630-672 . Traducción de Ernesto Riffó Elgueta.

\* Catedrático Carter de Filosofía General del Derecho, Escuela de Derecho Harvard. A.B., Stanford, 1924, J.D. 1926.

hablemos de ella. Otras veces, parecía estar advirtiéndonos que la realidad de distinción misma está ella misma en peligro y que si no enmendamos nuestras formas de pensar y hablar podríamos perder un “valioso ideal moral”, aquel de la fidelidad al derecho. No es claro, en otras palabras, si acaso en el propio pensamiento del Profesor Hart la distinción entre derecho y moralidad simplemente “es”, o es algo que “debe ser” y que deberíamos unirnos a él en ayudar a crearlo y mantenerlo.

Estas fueron las perplejidades que tuve respecto del argumento del Profesor Hart cuando me lo encontré por primera vez. Pero pensándolo bien estoy seguro de que cualquier crítica de ensayo por ser autocontradictorio sería injusta e improductiva. No hay razón por la cual el argumento a favor de una estricta separación del derecho y la moralidad no pueda apoyarse sobre el fundamento doble de que esto sirve a la claridad intelectual así como a la integridad moral. Si existen ciertas dificultades para poner estas líneas de razonamiento en relación adecuada entre sí, estas dificultades afectan también la postura de aquellos que rechazan las opiniones de Austin, Gray, y Holmes. Pues aquellos de nosotros que hallamos la postura “positivista” inaceptable en efecto apoyamos nuestro argumento sobre el fundamento doble de que su claridad intelectual es engañosa y de que sus efectos son, o pueden ser, dañinos. Por un lado, afirmamos que la definición de derecho de Austin, por ejemplo, ignora [*violates*] la realidad que pretende describir. Al ser de hecho falsa, no puede servir efectivamente para lo que Kelsen llama “un interés en la cognición”. Por otro lado, afirmamos que bajo algunas condiciones, la misma concepción del derecho puede volverse peligrosa, pues en asuntos humanos lo que los hombres equivocadamente aceptan como real tiende, por el hecho mismo de su aceptación, a hacerse real.

Es una virtud cardinal del argumento de Profesor Hart el que por primera vez despeja el camino para un intercambio de opiniones provechoso entre aquellos cuyas diferencias se centran en la distinción entre derecho y

moralidad. Hasta ahora no ha habido una trabazón real del debate entre las facciones en disputa. Por un lado, encontramos una serie de definiciones establecidas por decreto. Una regla de derecho es –es decir, real y simplemente es– el mandato de un soberano, una regla establecida por un juez, una predicción sobre la incidencia futura de la fuerza estatal, o un patrón de los comportamientos oficiales, etc. Cuando preguntamos qué propósito sirven estas definiciones recibimos la respuesta: “Caray, ninguna, salvo describir con precisión la realidad social que se corresponde con la palabra ‘derecho’”. Cuando replicamos “Pero a mí no me parece que sea así”, se nos replica “Bueno, sí me lo parece a mí”. Hasta ahí llega la cuestión.

Este estado de cosas ha sido lo más insatisfactorio para aquellos de nosotros que estamos convencidos de que las teorías “positivistas” [*positivistic*] han tenido un efecto distorsionador sobre los objetivos de la filosofía jurídica. Nuestra insatisfacción surgió no solo del *impasse* que enfrentamos, sino porque este *impasse* nos parecía tan innecesario. Todo lo se necesitaba para superarlo era un reconocimiento del otro lado de que sus definiciones de “lo que el derecho realmente es” no son meras imágenes de algún dato de la experiencia, sino indicaciones [*direction posts*] para el empleo de los esfuerzos humanos. Puesto que este reconocimiento no se veía venir, el *impasse* y sus frustraciones continuaron. Por cierto, no existe frustración mayor que enfrentarse a una teoría que pretende tan solo describir, cuando no solo describe sencillamente, sino que debe sus especiales poderes prescriptivos precisamente al hecho de que renuncia a las intenciones prescriptivas. Algunos rayos de luz lograron atravesar al interior de este opaco debate, como en la admisión de Kelsen, aparentemente nunca repetida, de que su sistema completo bien podría descansar sobre una preferencia emocional hacia el ideal del orden por sobre la justicia.<sup>1</sup> pero debo confesar que en general la disputa que se ha mantenido durante los últimos veinte años no ha sido muy provechosa.

Ahora, con el artículo del Profesor Hart, la discusión da un giro nuevo y

---

1 Kelsen, “Die Idee des Naturrechtes”, 7 *Zeitschrift für Öffentliches Recht* 221, 248 (Austria 1927).

prometedor. Se reconoce ahora explícitamente de ambos lados que uno de los asuntos principales es cómo podemos definir de la mejor manera y servir al ideal de fidelidad al derecho. El derecho, en cuanto algo que merece lealtad, debe representar un logro humano; no puede ser un simple ejercicio de poder [*fiat of power*] o un patrón discernible en el comportamiento de los funcionarios estatales. El respeto que debemos a las leyes humanas debe seguramente ser algo distinto del respeto que concedemos a ley de gravitación. Si las leyes, incluso las malas leyes, reclaman de nosotros respeto, entonces el derecho debe representar alguna dirección general del esfuerzo humano que podemos comprender y describir, y que podemos aprobar en principio incluso en el momento en que nos parece errar el blanco.

Si, como creo, es una virtud cardinal del argumento del Profesor Hart el que incorpora a la disputa la cuestión de la fidelidad al derecho, su principal defecto, si se me permite decirlo, yace en una falta de percibir y aceptar las consecuencias que esta ampliación del marco de discusión necesariamente conlleva. Me parece que este defecto permea más o menos todo el ensayo, pero sobresale de manera más prominente en su discusión de Gustav Radbruch y el régimen nazi.<sup>2</sup> Sin indagación alguna sobre el funcionamiento efectivo de lo que quedara de un sistema jurídico bajo los nazis, el Profesor Hart supone que algo debe haber subsistido que aún mereciera el nombre de derecho en un sentido que diera significado al ideal de fidelidad al derecho. No es que el Profesor Hart crea que las leyes nazis deberían haber sido obedecidas. Más bien, considera que la decisión de desobedecerlas presentaba no una mera cuestión de prudencia o valentía, sino un genuino dilema moral en el que el ideal de fidelidad al derecho debía ser sacrificado en favor de objetivos más fundamentales. Me habría parecido desaconsejable hacer tal juicio sin indagar primero con más particularidad lo que “derecho” ello mismo significaba bajo el régimen nazi.

Presentaré más adelante mis razones para pensar que el Profesor Hart

2 Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, 71 *Harv. L. Rev.* 593, 615-21 (1958).

está profundamente equivocado en su estimación de la situación nazi y que malinterpretó seriamente el pensamiento del Profesor Radbruch. Pero primero me ocuparé de algunos problemas preliminares sobre definiciones en los cuales lo que considero como el defecto central de la tesis del Profesor Hart parece directamente aparente.

## **I. La definición del derecho**

A lo largo de su ensayo el Profesor Hart se alinea con posición general la cual él asocia con los nombres de Bentham, Gray y Holmes. Reconoce, desde luego, que las concepciones de estos hombres respecto de “lo que el derecho es” varían considerablemente, pero aparentemente considera esta diversidad como irrelevante en su defensa de esa escuela general de pensamiento.

Si el único asunto fuera el de estipular un significado para la palabra “derecho” que fuera propicio para la claridad intelectual, podría haber bastante justificación para considerar que todos hombres trabajan en la misma dirección. Austin, por ejemplo, define el derecho como el mandato del poder legislativo supremo, llamado el soberano. Para Gray, por otro lado, el derecho consiste en las reglas establecidas por los jueces. Una norma dictada por el poder legislativo [*statute*] no es, para Gray, una ley [*a law*] sino solo una fuente de derecho, que solo se convierte en derecho [*law*] después de que ha sido interpretada y aplicada por un tribunal. Ahora, si nuestro único propósito fuera alcanzar esa claridad que solo llega por medio de hacer explícitas nuestras definiciones, uno podría sostener plausiblemente que cualquiera de las concepciones de “derecho” serviría. Ambas concepciones parecen evitar la confusión entre la moral y el derecho, y ambos autores hacer saber al lector qué significado sugieren atribuir a la palabra “derecho”.

El asunto adquiere un aspecto muy diferente, sin embargo, si nuestro interés yace en el ideal de fidelidad al derecho, pues entonces puede

convertirse en un asunto de importancia fundamental qué posición se atribuya al poder judicial en el marco general del estado. Puede hallarse evidencia para esta observación en el leve barullo de crisis constitucional que se escucha hoy en este país. Durante los años previos, los lectores de periódicos han estado escribiendo a sus editores instando seriamente, e incluso -aparentemente- con sinceridad, a que la Corte Suprema sea abolida como un primer paso hacia la restauración del imperio del derecho. Es improbable que este remedio a nuestros males estatales derive de algún estudio profundo de Austin o Gray, pero por cierto difícilmente podría esperarse que quienes lo proponen mirasen con indiferencia las divergentes definiciones del derecho ofrecidas por esos dos juristas. Si se afirmara que es una perversión de la intención de Gray el extraer de sus escritos cualquier lección para las controversias actuales acerca del papel de la Corte Suprema, entonces me parece que hay razón semejante para tratar lo que escribió como irrelevante para el asunto de la fidelidad al derecho en general.

Otra diferencia de opinión entre los autores defendidos por el Profesor Hart concierne a Bentham y Austin, la opinión de ellos sobre las limitaciones constitucionales al poder del soberano. Bentham consideraba que una constitución podía impedir al poder legislativo supremo el dictar ciertas clases de leyes. Para Austin, por otro lado, cualquier límite legal al más alto poder legislativo era un absurdo y una imposibilidad. ¿Qué guía para la consciencia ofrecerían estos dos autores en una crisis que pudiera surgir algún día a partir de la disposición de nuestra constitución que establece que el poder de enmienda no puede ser usado nunca para privar sin su consentimiento a estado alguno de su igual representación en el Senado?<sup>3</sup> Ciertamente no solo en los asuntos de la vida diaria necesitamos claridad acerca de la obligación de fidelidad al derecho, sino de manera más particular y urgente en épocas de problemas. Si todo lo que la escuela positivista tiene que ofrecer en tales momentos es la observación de que, como sea que se elija definir el derecho,

---

3 U.S. Const. art. V.

siempre es algo distinto de la moral, [entonces] sus enseñanzas no son de mucha utilidad para nosotros.

Sugiero, entonces, que la tesis del Profesor Hart, tal como presenta hasta ahora es esencialmente incompleta y que antes de que pueda lograr los objetivos que busca tendrá que ocuparse más de cerca de una definición del derecho que dé significado a la obligación de fidelidad al derecho.

## **II. La Definición de la Moralidad**

Es característico de quienes comparten el punto de vista del Profesor Hart que su preocupación primaria es preservar la integridad del concepto de derecho. De acuerdo con esto, generalmente han buscado una definición de derecho precisa, pero no se han esmerado en afirmar qué es lo que precisamente pretenden excluir de sus definiciones. Son como hombres construyendo un muro para la defensa de una villa, que deben saber qué es lo que desean proteger, pero que no necesitan, y de hecho no pueden, saber qué fuerzas invasoras esos muros puedan tener que repeler.

Cuando Austin y Gray distinguen el derecho de la moralidad, la palabra “moralidad” representa de manera indiscriminada casi cualquier estándar imaginable por medio del cual pueda juzgarse la conducta humana que no sea el derecho mismo. La voz interior de la consciencia, las nociones de lo correcto y lo incorrecto basadas en creencias religiosas, concepciones compartidas de decencia y juego limpio, prejuicios condicionados culturalmente -todos estos son agrupados bajo el encabezamiento de “moralidad” y son excluidos del ámbito del derecho. Por la mayor parte, el Profesor Hart sigue la tradición de sus antecesores. Cuando habla de moralidad parece generalmente tener en mente todo tipo de nociones extrajurídicas acerca de “lo que debe ser”, sin consideración de sus fuentes, pretensiones, o valor intrínseco. Esto es particularmente evidente en su tratamiento del problema de la interpretación,

donde las nociones no codificadas de lo que debe ser son vistas como si afectasen solo la penumbra del derecho, dejando su núcleo intacto.

Hacia el final de su ensayo, sin embargo, el argumento del Profesor Hart da un giro que parece alejarse del tenor predominante de su pensamiento. Esto consiste en recordarnos que existe tal cosa como una moralidad inmoral y que existen mucho estándares de “lo que debe ser” que apenas pueden ser llamados morales.<sup>4</sup> Concedamos, dice, que el juez puede de manera adecuada e inevitable legislar en la penumbra de un dictamen legal, y que esta legislación (a falta de algún otro estándar) debe ser guiada por las nociones del juez de lo que debe ser. Aun así, esto sería verdadero incluso en una sociedad dedicada a los más perversos fines, donde el juez supliera las insuficiencias de la ley con la iniquidad que le pareciera más apta para la ocasión. Concedamos también, afirma el Profesor Hart hacia el final de su ensayo, que existe a veces incluso algo que asemeja un descubrimiento en el proceso judicial, cuando un juez, por medio de reformular un principio, parece sacar a la luz más claramente lo que realmente se buscaba desde el comienzo. Nuevamente, nos recuerda, esto podría suceder en una sociedad dedicada al mayor refinamiento del pecado, donde la exigencias implícitas de una regla perversa pudieran ser un asunto de descubrimiento cuando la regla se aplicara a una situación no considerada conscientemente cuando fue formulada.

Entiendo que esto ha de considerarse una advertencia dirigida a aquellos que desean “infundir más moralidad en el derecho”. El Profesor Hart les recuerda que si su programa es adoptado, la moralidad que efectivamente sea infundida puede no ser de su agrado. Si este es su punto, ciertamente es uno válido, aunque uno desearía que hubiera sido planteado más explícitamente, pues plantea el asunto más fundamental de todo su argumento. Puesto que este punto es planteado oblicuamente, y puedo haberlo malinterpretado, al comentarlo tendré que contentarme con algunas resumidas observaciones y preguntas.

---

<sup>4</sup> Hart, *supra* nota 2, 624.

En primer lugar, el Profesor Hart parece suponer que los objetivos perversos pueden tener tanta coherencia y lógica interior como los buenos. Yo, al menos, rehúso aceptar ese supuesto. Me doy cuenta que con esto planteo, o quizás esquivo, preguntas que llevan a los problemas más difíciles de la epistemología de la ética. Incluso si fuera competente para emprender un excursión en esa dirección, este no es el lugar para ello. Tendré que detenerme en la afirmación de una creencia que puede parecer ingenua, a saber que la coherencia y la bondad tiene más afinidad que la coherencia y la maldad. Al aceptar esta creencia, creo también que cuando los hombres son compelidos a explicar y justificar sus decisiones, el efecto será generalmente acercar esas decisiones hacia la bondad, por cualesquiera estándares de bondad fundamental haya. Al aceptar estas creencias, advierto una incongruencia considerable en cualquier concepción que conciba un futuro posible en el cual el derecho común [*common law*] “purificara de un caso a otro” hacia una más perfecta realización de la iniquidad.

En segundo lugar, si existe un peligro serio en nuestra sociedad de que un debilitamiento de la división entre derecho y moralidad permitiera una infusión de “moralidad inmoral”, persiste la pregunta: ¿cuál es la protección más efectiva contra este peligro? Yo no puedo creer que haya de encontrarse en la posición positivista propugnada por Austin, Gray, Holmes, y Hart. Pues me parece que aquellos autores tergiversan el problema al entenderlo como de una engañosa simpleza, lo que deja intactos los difíciles asuntos donde yacen reales peligros.

En tercer lugar, supongamos que un juez empeñado en llevar a cabo por medio de sus decisiones un objetivo que la mayoría de los ciudadanos comunes consideraría como errado o perverso. ¿Sería probable que ese juez postergara la letra de la ley invocando abiertamente un “derecho superior” [*higher law*]? ¿O sería más probable que se refugiara tras la máxima de que “la ley es la ley” y explicaría su decisión de tal manera que pareciera ser exigida

por la ley misma?

En cuarto lugar, ni el Profesor Hart ni yo pertenecemos a nada que pudiera decirse en un sentido relevante que sea un “grupo de minoría” en nuestros respectivos países. Esto tiene sus ventajas y desventajas para alguien que aspire a una opinión filosófica del derecho y el estado. Pero supóngase que ambos fuéramos transportados a un país donde nuestras creencias fueran anatema, y donde nosotros, a su vez, considerásemos la moralidad imperante como perversa en todas sus partes. No cabe duda de que en esta situación tendríamos razón para temer que el derecho podría ser manipulado de manera encubierta para nuestra desventaja; dudo de si acaso alguno de nosotros tendría alguna aprensión de que sus mandatos serían puestos a un lado por medio de una apelación a una moralidad más alta que el derecho. Si sintiésemos que el derecho fuera nuestro refugio más seguro, ¿no sería ello porque incluso en los más pervertidos regímenes existe alguna vacilación respecto de incorporar por escrito crueldades, intolerancia, y atrocidades? ¿Y no es acaso claro que esta vacilación deriva ella misma, no de una separación del derecho y la moral, sino precisamente de una identificación del derecho con aquellas exigencias de la moralidad más urgentes y más obviamente justificables, respecto de las que ningún hombre necesita avergonzarse de profesar?

En quinto lugar, sobre grandes áreas en las que el proceso judicial funciona el peligro de una infusión de una moralidad inmoral, o al menos no bien acogida, no presenta, sugiero, un problema real. Aquí el peligro es precisamente el opuesto. Por ejemplo, en el terreno del derecho comercial los tribunales británicos en años recientes han caído, si puedo decirlo, en un formalismo del tipo “el derecho es el derecho” que constituye una especie de contrarrevolución en contra de todo lo que fue logrado por Mansfield.<sup>5</sup> El

---

<sup>5</sup> Para un ejemplo sobresaliente, véase *G. Scammell and Nephew, Ltd. v. Ouston*, [1941] A.C. 251 (1940). Personalmente, yo me inclinaría a poner bajo el mismo epígrafe *Victoria Laundry, Ltd. v. Newman Industries, Ltd.*, [1949] 2 K.B. 528 (C.A.).

asunto ha alcanzado la etapa que se acerca a una crisis por cuanto los casos comerciales están siendo llevados cada vez más a arbitraje. La principal razón de este desarrollo es que los árbitros están dispuestos a tomar en cuenta las necesidades del comercio y los estándares habituales de la equidad comercial. Me doy cuenta de que el Profesor Hart repudia el “formalismo”, pero intentaré mostrar más adelante por qué pienso que su teoría necesariamente lleva en esa dirección.<sup>6</sup>

En sexto lugar, en el pensamiento de muchos hay una cuestión que predomina en cualquier discusión de la relación entre el derecho y la moral, al punto de colorear todo lo que dice o escucha sobre el tema. Me refiero a la clase de cuestión planteada por el pronunciamiento del Papa respecto del deber de los jueces católicos en los juicios de divorcio.<sup>7</sup> Este pronunciamiento en efecto plantea graves cuestiones. Pero no presenta un problema de la relación entre derecho, por un lado, y, por el otro, opiniones generalmente compartidas sobre el correcto comportamiento que han crecido entre espontáneamente por medio la experiencia y la discusión. La cuestión es, más bien, la del conflicto entre dos declaraciones, ambas de las cuales reclaman ser autoritativas; si se quiere, se trata de una clase de ley contra otra. Cuando esta clase de cuestión se toma como la clave de todo el problema del derecho y la moralidad, la discusión se desnaturaliza y distorsiona a tal grado que el intercambio provechoso se vuelve imposible. Al mencionar este último aspecto de la disputa sobre el “positivismo”, no pretendo dar a entender que la discusión del propio Profesor Hart esté dominada por *arrière-pensée* alguno; sé que no lo está. Al mismo tiempo estoy bastante seguro de que indicado con precisión la cuestión que más importará a muchos cuando lean su ensayo.

Al darme por satisfecho con estas escasas observaciones, no quiero dar la impresión de simplificar el problema en una dirección opuesta a aquella

---

6 Véase Hart, *supra* nota 2, pp. 608-612.

7 Véase *N.Y. Times*, 8 de noviembre de 1949, p. 1, col. 4 (última edición citadina) (reporte de un discurso dado el 7 de noviembre de 1949 al Comité Central de la Unión Abogado Católicos Italianos).

tomada por el Profesor Hart. Las cuestiones planteadas por la “moralidad inmoral” merecen una exploración más cuidadosa de lo que ya sea el Profesor Hart o yo hemos ofrecido en estas páginas.

### **III. Los cimientos morales de un orden jurídico**

El Profesor Hart rechaza enfáticamente “la teoría del derecho como mandatos” [*command theory of law*], de acuerdo a la cual el derecho es simplemente una orden respaldada por fuerza suficiente para hacerla efectiva. Observa que tal mandato puede ser dado por un hombre con un arma cargada, y “el derecho por supuesto no es la situación de la exigencia del pistolero ampliada”.<sup>8</sup> No hay necesidad de insistir aquí sobre deficiencias de la teoría del mandato, pues el Profesor Hart ya ha dejado ver sus defectos más clara y sucintamente de los que yo podría. Su conclusión es que el cimiento de un sistema jurídico no es el poder coercitivo, sino ciertas “reglas aceptadas fundamentales que especifican los procedimientos esenciales de creación del derecho”.<sup>9</sup>

Cuando alcancé este punto es su ensayo, me sentí seguro de que el Profesor Hart estaba a punto de reconocer una importante salvedad de su tesis. Confiadamente esperaba que continuara afirmando algo como esto: He insistido desde el principio en la importancia de ser severo en la distinción entre derecho y moralidad. Ahora puede plantearse, por tanto, la cuestión sobre la naturaleza de estas reglas fundamentales que proporcionan la estructura dentro de la cual la creación del derecho tiene lugar. Por un lado, parecen ser reglas no de derecho, sino de moralidad. Derivan su eficacia de una aceptación general, la cual a su vez descansa en último término sobre una percepción de que son correctas y necesarias. Difícilmente puede decirse que sean derecho en el sentido de un pronunciamiento autoritativo, pues su función es establecer cuándo un pronunciamiento es autoritativo. Por otro lado, en el

---

<sup>8</sup> Hart, *supra* nota 2, 603.

<sup>9</sup> *Ibid.*

funcionamiento cotidiano del sistema jurídico a menudo son tratadas y aplicadas más o menos de la misma forma en que las reglas ordinarias de derecho lo son. Aquí, entonces, debemos confesar que hay algo que puede ser llamado un “unificador” del derecho y la moralidad, y para el cual el término “intersección” es escasamente apropiado.

En vez de seguir un curso de pensamiento tal, me encontré al Profesor Hart, para mi sorpresa, dejando completamente sin tocar la naturaleza de las reglas fundamentales que hacen posible al derecho mismo, y dirigiendo su atención, en cambio, hacia lo que considera una confusión de ideas de parte de los críticos del positivismo. Excluyendo del análisis su discusión de la filosofía analítica del derecho, su argumento procede algo así: Dos opiniones son asociadas con los nombres de Bentham y Austin. Una es la teoría del derecho como mandatos, la otra es una insistencia en la separación del derecho y la moralidad. Los críticos de estos autores llegaron con el tiempo a percibir –“tenuemente”, afirma el Profesor Hart– que la teoría de los mandatos es insostenible. Por medio de una laxa asociación de ideas supusieron erróneamente que al presentar razones para rechazar la teoría de los mandatos también había refutado la opinión de que el derecho y la moralidad deben ser estrictamente separados. Este fue un “error natural”, pero un error de todas formas.

No creo que se cometa error alguno al creer que el error de Bentham y Austin al formular de manera inadecuada y demasiado sencilla el problema de la relación entre el derecho y la moral fuera parte de un error mayor que llevó a la teoría del derecho como mandatos. Creo que la conexión entre estos dos errores puede esclarecerse si nos preguntamos qué le hubiera ocurrido al sistema de ideas de Austin si hubiese abandonado la teoría de los mandatos.

Quien lea las Conferencias V y VI<sup>10</sup> de Austin no puede evitar impresionarse por la forma en que se aferra a la teoría de los mandatos, a pesar del hecho de que cada inclinación de su aguda mente era hacia el

<sup>10</sup> I Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 167-341 (5ª ed. 1885).

abandono de ella. En el caso de un monarca soberano, es derecho lo que el monarca mande. Pero, ¿qué diremos de las “leyes” de sucesión que dicen quién es el monarca “en derecho”? Es de la esencia de un mandato el que puede ser dirigido por un superior a un inferior, pero en el caso una “multitud soberana”, digamos, un parlamento, el soberano parece darse un mandato a sí mismo pues un miembro del parlamento puede ser condenado conforme a una ley que él mismo hubiese redactado y votado a favor. El soberano debe tener poder jurídico ilimitado, pues ¿quién podría decidir sobre los límites legales de un poder legislativo supremo? Pero incluso una “multitud soberana” debe aceptar la restricción de las reglas antes de que pueda crear derecho alguno. Un cuerpo tal puede adquirir el poder de emitir mandatos solo por medio de actuar en “calidad corporativa”; esto sólo puede hacerlo por medio de proceder “en conformidad con las modalidades y formas” establecidas y aceptadas para la creación de derecho. Los jueces ejercen un poder delegado a ellos por el poder legislativo supremo, y se les encarga desempeñar sus “mandatos directos o indirectos”. Sin embargo, en un sistema federal son los tribunales los que deben resolver los conflictos de competencia entre la federación y sus integrantes.

Austin aprecia todos estos problemas con grados de explicitación variables, y lucha con ellos vigorosamente. Un y otra vez se balancea en el borde de un abandono de la teoría del mandato en favor de lo que el Profesor Hart ha descrito como un entendimiento que ve los cimientos de un orden jurídico en “ciertas reglas aceptadas fundamentales que especifican los procedimientos esenciales de creación del derecho”. Pero nunca se anima a dar el salto. No se anima porque tenía una firme intuición de que ello sería abandonar la distinción en blanco y negro entre derecho y moralidad que era todo el propósito de sus Conferencias -de hecho, uno podría decir, el propósito persistente de una vida devota. Pues si el derecho es hecho posible por “reglas aceptadas fundamentales” -las que para Austin deben ser reglas, no de

derecho, sino de moralidad positiva- ¿qué hemos de decir de las reglas que el poder legislativo establezca para regular su propia creación de derecho? Tenemos leyes electorales, leyes que asignan representación legislativa a áreas geográficas específicas, reglas de procedimientos parlamentarios, reglas sobre los requisitos de los electores, y muchas otras leyes y reglas de naturaleza similar. Estas no permanecen fijas, y todas ellas dan forma en distintos grados al proceso de creación de derecho. Pero, ¿cómo hemos de distinguir entre aquellas reglas básicas que deben su validez a la aceptación, y aquellas que son propiamente reglas de derecho, válidas incluso cuando los hombres consideran generalmente que son perversas o desacertadas? En otras palabras, ¿cómo hemos de definir las palabras “fundamentales” y “esencial” en la formulación del propio Profesor Hart: “ciertas reglas aceptadas fundamentales que especifican el procedimiento esencial de creación del derecho”?

La solución a este problema en la teoría de Kelsen es instructiva. Kelsen de hecho se anima a dar el salto sobre el que Austin vaciló por demasiado tiempo. Kelsen comprende que antes de que podamos distinguir entre lo que es derecho y lo que no lo es, debe existir una aceptación de algún procedimiento básico por medio del cual se cree derecho. En cualquier sistema jurídico debe existir alguna regla fundamental que señale sin ambigüedad la fuente de la cual deben provenir para ser leyes. A esta regla Kelsen llamó “la norma fundamental”. En sus propias palabras:

La norma fundamental no es válida porque haya sido creada de cierta forma, sino que su validez se presupone en virtud de su contenido. Es válida, entonces, como una norma de derecho natural . . . La idea de un derecho positivo puro, como la de derecho natural, tiene sus limitaciones.<sup>11</sup>

Se advertirá que Kelsen no habla, como lo hace el Profesor Hart, de “reglas fundamentales” que regulan la creación de derecho, sino de una sola regla o

---

11 Kelsen, *General Theory of Law and State*, 401 (3ª ed. 1949).

norma. Desde luego, no hay tal regla única en ninguna sociedad moderna. Es un símbolo que encarna la búsqueda positivista de algún criterio claro y inequívoco, de alguna línea nítida y limpia que sirva para dividir las reglas que deben su validez a su fuente y aquellas que deben su validez a la aceptación y el atractivo intrínseco. Las dificultades que Austin evitó al aferrarse con la teoría del mandato, Kelsen las evita por medio de una ficción que simplifica la realidad dándole una forma que puede ser asimilada por el positivismo.

Una exploración completa de todos los problemas que resultan cuando reconocemos que el derecho se hace posible solo en virtud de reglas que no son derecho, requeriría traer a consideración el efecto de la presencia o ausencia de una constitución escrita. Una constitución tal de alguna forma simplifica los problemas que he estado discutiendo, y de alguna forma los complica. En la medida que una constitución escrita define el procedimiento básico de creación de derecho, puede eliminar las perplejidades que surgen cuando un parlamento en ejercicio se define a sí mismo. Al mismo tiempo, una legislatura operando bajo una constitución escrita puede promulgar leyes que afecten profundamente el procedimiento de creación de derecho y su resultado previsible. Si estas leyes son redactadas con suficiente astucia, pueden mantenerse dentro del marco de la constitución y sin embargo socavar las instituciones que debía establecer. Si la propuesta de los años treinta de ‘colmar la corte’ [*court-packing*] no ilustra este peligro inequívocamente, al menos sugiere que el miedo de ello no es extravagante.\* Ninguna constitución escrita puede aplicarse por sí sola. Para ser efectiva requiere no solamente la respetuosa deferencia que mostramos hacia las regulaciones jurídicas ordinarias, sino aquella voluntariosa convergencia de esfuerzos que damos a

---

\* Fuller se refiere a la propuesta del presidente estadounidense F. D. Roosevelt, incorporada en el proyecto de ley de 1937 conocido como ‘court-packing bill’, que habría permitido al Presidente aumentar el número de miembros de la Corte Suprema al otorgarle la facultad de –a grandes rasgos– nombrar un miembro adicional de la Corte por cada uno en ejercicio mayor de setenta años de edad. La motivación tras el proyecto era lograr suficiente influencia en el tribunal supremo como para evitar que este invalidara las reformas legales que integraban el conjunto de políticas económicas conocido como *New Deal* [N. del. T.].

los principios morales en los que tenemos una creencia activa. Uno puede correctamente trabajar para enmendar una constitución, pero mientras permanezca sin ser enmendada, uno debe trabajar con ella, no en contra o alrededor de ella. Todo esto equivale a decir que para ser efectiva una constitución debe ser aceptada, al menos provisionalmente, no solo como derecho, sino como buen derecho.

¿Qué tienen que ver estas consideraciones con el ideal de fidelidad al derecho? Creo que tienen mucho que ver con ello, y que revelan la esencial incapacidad del entendimiento positivista de servir a ese ideal efectivamente. Pues creo que la realización de este ideal es algo para lo cual debemos planear, y eso es precisamente lo que el positivismo rehúsa hacer.

Permítaseme ilustrar lo que quiero decir con planear para la realización del ideal de fidelidad al derecho. Supóngase que estamos redactando una constitución escrita para un país que acaba de emerger de un período de violencia y desorden en el que cualquier conexión de continuidad con los gobiernos anteriores haya sido roto. Obviamente una constitución tal no puede alzarse a sí misma sin ayuda hasta el nivel de la legalidad; no puede ser derecho simplemente porque diga que lo es. Deberíamos tener en cuenta que la eficacia de nuestro trabajo dependerá de la aceptación general y que para hacer segura esta aceptación debe haber una creencia general de que la constitución misma es necesaria, correcta, y buena. Las disposiciones de la constitución deberían, por tanto, mantenerse simples e inteligibles, no solo en cuanto al lenguaje, sino también en cuanto al propósito. Los preámbulos y otras explicaciones de lo que se busca, los que serían objetables en una ley ordinaria, pueden hallar un lugar adecuado en nuestra constitución. Deberíamos considerar que nuestra constitución establece un marco procedimental básico para la futura acción estatal de dictar y administrar leyes. Las limitaciones sustantivas al poder del estado deberían mantenerse en el mínimo y en general deberían restringirse a aquellas respecto de las cuales se puede en general

apreciar alguna necesidad. En cuanto sea posible, los objetivos sustantivos deberían conseguirse procedimentalmente, sobre la base del principio de que si los hombres son forzados a actuar de la manera correcta, generalmente harán lo correcto.

Estas consideraciones parecen haber sido ampliamente ignoradas en las constituciones que han surgido desde la Segunda Guerra Mundial. No es infrecuente que es estas constituciones incorporen un montón de medidas políticas y económicas del tipo que uno de ordinario asociaría con el derecho legislado [*statutory law*]. Es difícilmente probable que estas medidas hayan sido incorporadas en la constitución porque representen objetivos que sea generalmente compartidos. Uno sospecha que la razón de su inclusión es precisamente la opuesta, a saber un miedo de que no fueran capaces de sobrevivir la vicisitudes del ejercicio ordinario del poder parlamentario. De esta forma, las divisiones de opinión que son un acompañamiento normal de la creación de derecho son incorporadas en el documento que hace posible al derecho mismo. Este es obviamente un procedimiento que contiene serios peligros para una futura realización del ideal de fidelidad al derecho.

He aventurado estas observaciones sobre la confección de constituciones no porque crea que puedan pretender alguna profundidad especial, sino porque deseaba ilustrar lo que quiero decir planeando las condiciones que harán posible la realización del ideal de fidelidad al derecho. Incluso dentro de los límites de modesto propósito, lo que he dicho puede estar claramente equivocado. Si así es, no me correspondería a mí decir si acaso también me he equivocado claramente. Me aventuraré, sin embargo, a afirmar que si estoy equivocado, estoy equivocado de manera relevante. Lo que me inquieta respecto de la escuela del positivismo jurídico es que no solo rehúsa hacerse cargo de problemas del tipo que acabo de discutir, sino que las excluye por principio de la provincia de la filosofía jurídica. En su preocupación por asignar las etiquetas correctas a las cosas que los hombres hacen, esta escuela

parece perder todo interés en preguntar si acaso los hombres están haciendo lo correcto.

#### **IV. La Moralidad del Derecho Mismo**

La mayoría de los temas planteados por el ensayo del Profesor Hart puede ser reformulados en términos de la distinción entre orden y buen orden. Puede decirse que el derecho representa el orden *simpliciter*. El buen orden es el derecho corresponde a las exigencias de la justicia, o la moralidad, o las nociones de los hombres de lo que debe ser. Esta reformulación del asunto es sirve para sacar a la luz la ambiciosa naturaleza de la empresa del Profesor Hart, pues ciertamente todos estaríamos de acuerdo en que no es cosa fácil distinguir entre orden y buen orden. Cuando se afirma, por ejemplo, que el derecho simplemente representa aquel orden público que se da bajo todo gobierno -democrático, fascista, o comunista-<sup>12</sup> el orden en que se piensa ciertamente no es el de una morgue o cementerio. Debemos querer decir un orden funcional, y un orden tal tiene que ser al menos suficientemente bueno como para ser considerado funcional de acuerdo algún estándar. Un recordatorio de que un orden factible normalmente requiere algo de holgura en las juntas, y por lo tanto no puede ser demasiado ordenado, es suficiente para sugerir algunas de las complejidades que estarían involucradas es cualquier intento de trazar una distinción nítida entre orden y buen orden.

Por ahora, sin embargo, supongamos que de hecho podemos separar claramente el concepto de orden del de buen orden. Incluso en esta forma irreal y abstracta la noción de orden contiene en sí misma lo que puede ser llamado un elemento moral. Permítaseme ilustrar esta “moralidad del orden” en su forma más primitiva y elemental. Imaginemos un monarca absoluto, cuya palabra es la única ley conocida a sus súbditos. Podemos incluso suponer que es enteramente egoísta y que busca en sus relaciones con sus súbditos

12 *E.g.* Friedmann, “The Planned State and the Rule of Law”, 22 *Austr. L. J.* 162, 207 (1948).

solamente su propio provecho. De cuando en vez este monarca emite mandatos, prometiendo recompensas por el cumplimiento y anunciando castigos por la desobediencia. Es, sin embargo, un tipo disoluto y olvidadizo, que nunca hace un mínimo esfuerzo por averiguar quiénes de hecho han seguido sus instrucciones y quiénes no. Como resultado, habitualmente castiga la lealtad y recompensa la desobediencia. Es evidente que este monarca nunca logrará siquiera sus propios objetivos egoístas hasta que esté dispuesto a aceptar aquel mínimo autocontrol que habrá de crear una conexión significativa entre sus palabras y sus acciones.

Supongamos ahora que nuestro monarca experimenta un cambio de actitud y comienza a prestar algo de atención a lo que dijo ayer cuando, hoy, tiene ocasión de distribuir una recompensa o de ordenar el corte de cabezas. Bajo la presión de su nueva responsabilidad, sin embargo, nuestro monarca relaja su atención en otras direcciones y se vuelve irremediabilmente indolente en la expresión de sus mandatos. Sus órdenes se vuelven tan ambiguas y son emitidas en un tono tan inaudible que sus súbditos nunca tiene ninguna clara idea de lo que él quiere que hagan. Aquí, nuevamente, es evidente que si nuestro monarca quiere, para su propio y egoísta provecho, crear en su reino cualquier cosa similar a un sistema de derecho, tendrá que recobrar la compostura y asumir otra responsabilidad más.

El derecho, considerado tan solo como un orden, contiene, entonces, su propio moralidad implícita. Esta moralidad del orden debe ser respetada si hemos de crear cualquier cosa que pueda ser llamada derecho, incluso un derecho malvado [*bad law*]. El derecho por sí mismo es incapaz de dar existencia a esta moralidad. Hasta que nuestro monarca esté realmente listo para enfrentar las responsabilidades de su cargo, no le hará ningún bien emitir otro inútil mandato más, dirigido esta vez a sí mismo y amenazándose con un castigo si no corrige su proceder.

Existe un doble sentido en el que es verdad que el derecho no puede

construirse sobre el derecho. Primero que todo, la autoridad para crear derecho debe estar apoyada por actitudes morales que le confieran la competencia que reclama. Aquí estamos tratando con una moralidad externa al derecho que hace posible el derecho. Pero esto por sí solo no es suficiente. Podemos estipular que en nuestra monarquía la “norma fundamental” aceptada designa al monarca mismo como la única fuente posible de derecho. Todavía no podemos tener derecho hasta que nuestro monarca esté listo para aceptar la moralidad interna del derecho mismo.

En la vida de una nación estas moralidades externa e interna del derecho se influyen recíprocamente la una a la otra; un deterioro en la una producirá casi inevitablemente un deterioro en la otra. Están tan estrechamente relacionadas que cuando el antropólogo Lowie habla de “los postulados éticos generalmente aceptados que subyacen nuestras ... instituciones jurídicas como su sanción fundamental y que garantiza su fluido funcionamiento”,<sup>13</sup> puede presumirse que tiene ambas en mente.

Lo que he llamado “la moralidad interna del derecho” parece ser completamente descuidada por el Profesor Hart. Sí hace una breve mención a la “justicia en la administración del derecho”, que consiste en el tratamiento similar de casos similares, cualquiera sea el elevado o perverso estándar en virtud del cual pueda definirse la palabra “similar”.<sup>14</sup> Pero pronto desestima este aspecto del derecho como carente de importancia particular alguna para su empresa principal.

En esto creo que está profundamente equivocado. Es su descuido del analizar las exigencias de la moralidad del orden lo que le lleva a lo largo de su ensayo a tratar el derecho como un dato que se proyecta en la experiencia humana y no como un objeto del empeño humano. Cuando comprendemos que el orden mismo es algo que exige trabajo, resulta evidente que la existencia de un sistema jurídico, incluso un sistema jurídico malo o perverso, siempre es

---

<sup>13</sup> Lowie, *The Origin of the State*, 113 (1927).

<sup>14</sup> Hart, *supra* nota 2, 623-24.

una cuestión de grados. Cuando reconocemos este simple hecho de la experiencia jurídica cotidiana, se hace imposible desestimar los problemas presentados por el régimen nazi con una simple afirmación: “Bajo los nazis había derecho, incluso si este era mal derecho”. Tenemos, en cambio, que preguntar cuánto de un sistema jurídico sobrevivió al envilecimiento y perversión de todas las formas de orden social que ocurrió bajo el gobierno nazi, y qué consecuencias morales tuvo este mutilado sistema para el ciudadano de conciencia forzado a vivir bajo él.

No es necesario, sin embargo, afligirse por revueltas morales tales como el régimen nazi para ver cuán completamente incapaz es la filosofía positivista de servir al único elevado ideal moral que profesa: el de fidelidad al derecho. Su falta de servicio a este ideal se vuelve de hecho más evidente, creo, en los problemas cotidianos que enfrentan aquellos que seriamente desean cumplir las exigencias morales de un orden jurídico, pero que tienen cargos de responsabilidad que cumplir en el mismo orden hacia los cuales deben lealtad.

Imaginemos el caso de un juez de primera instancia que ha tenido una amplia experiencia en asuntos comerciales y ante quien un gran número de disputas comerciales son enjuiciadas. Como subordinado en una jerarquía judicial, nuestro juez desde luego tiene el deber de seguir el derecho establecido por su corte suprema. Nuestro Scrutton\* imaginario tiene la mala fortuna, sin embargo, de vivir bajo una corte suprema que él considera lamentablemente ignorante de los usos y necesidades del comercio. En su opinión, muchas de las decisiones de la corte en el campo del derecho comercial simplemente no tienen sentido. Si un concienzudo juez atrapado en este dilema fuera a recurrir a la filosofía positivista, ¿qué auxilio podría esperar? Ciertamente no servirá de nada recordarle que tiene una obligación de fidelidad al derecho. Él ya está consciente de esto, y muy a su pesar, pues es

---

\* La alusión es a Thomas Edward Scrutton (1856-1934), uno de los más reputados jueces y académicos ingleses, especialista en materias comerciales [N. del. T.].

la fuente de su aprieto. Tampoco ayudará decir que si legisla, debe hacerlo “entre los intersticios”, o que sus contribuciones deben estar “confinadas entre movimientos molares y moleculares”.<sup>15\*</sup> Este forma de expresarse puede ser del agrado de quienes gustan considerar el derecho no como una cosa con propósito, sino como una expresión de las dimensiones y direcciones del poder estatal. Pero no puedo creer que la idea esencialmente trillada detrás de este consejo pueda ser exaltada por la elocuencia literaria hasta el punto de ofrecer alguna ayuda real a nuestro juez; para empezar, puede serle imposible saber si acaso su corte suprema consideraría cualquier contribución particular suya como amplia o estrecha.

Tampoco es probable que una distinción entre núcleo y penumbra fuera de ayuda. La condición de nuestro juez bien puede derivar no de precedentes particulares, sino de una concepción equivocada de la naturaleza del comercio que se extiende a muchas decisiones y las penetra en diversos grados. En la medida que su problema surge del uso de palabras particulares, bien puede descubrir que las corte suprema a menudo usa los términos ordinarios del comercio en sentidos ajenos a las relaciones de negocios. Si él interpreta aquellas palabras como un ejecutivo de negocios a un contador lo harían, bien podría reducir los precedentes que está obligado a aplicar a un desgarrado andar lógico. Por otro lado, puede encontrar gran dificultad para discernir el sentido exacto en el que la corte suprema usó esas palabras, pues a su entender ese sentido es él mismo el resultado de una confusión.

¿No es claro que es precisamente la insistencia del positivismo en una

---

15 *Southern Pac. Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 221 (1917) (Juez Holmes, voto de disenso), donde parafrasea *Storti v. Commonwealth*, 178 Mass. 549, 554, 60 N.E. 210, 211 (1901) (Juez Presidente Holmes), en el cual se sostuvo que una ley que ordene la electrocución como medio de infligir la pena de muerte no era un castigo cruel o inusual en el contexto de la Declaración de Derechos de Massachusetts, *Constitución de Massachusetts*, primera parte, art. XXVI, simplemente porque conseguía su objetivo por medio de mociones moleculares, antes que molares.

\* En la frase, ‘molares’ hace referencia al concepto de mol, esto es, una unidad de medida de la cantidad de sustancia. Más precisamente, y de acuerdo a la constante de Avogadro, en un mol de alguna sustancia (un compuesto químico, por ejemplo) hay aproximadamente  $6,022 \times 10^{23}$  unidades de sustancia (moléculas, por ejemplo). Lo que implica la expresión del texto es que un mol está compuesto por moléculas, y por lo tanto la relación entre estos es como la del todo a la parte [N. del T.].

rígida separación del derecho como es de como debe ser lo que hace a la filosofía positivista incapaz de ayudar a nuestro juez? ¿No es claro también que nuestro juez nunca podrá alcanzar una resolución satisfactoria de su dilema a menos que entienda su deber de fidelidad al derecho en un contexto que además dé acogida al deber de aquél de hacer del derecho lo que debe ser?

El caso que imaginado puede parecer extremo, pero el problema que sugiere invade nuestro sistema jurídico. Si la divergencia de opiniones entre nuestro juez y su corte suprema fuera menos drástica, sería más difícil mostrar su condición de manera gráfica, pero la perplejidad de su posición podría de hecho aumentar. Las perplejidades de esta clase son acompañamiento normal del cumplimiento de cualquier función adjudicativa; quizás alcanzan su intensidad más penetrante en el campo del derecho administrativo.

Uno puede imaginar un caso -ciertamente improbable en el país del Profesor Hart o el mío- donde un juez podría tener profundas convicciones morales que fueran exactamente lo contrario de aquellas sostenidas, con igual apego, por su corte suprema. Podría además estar convencido de que los precedentes que estaba obligado a aplicar fueran el resultado directo de una moralidad que él considerara aborrecible. Si un juez tal no hallara la solución de su dilema en la renuncia a su cargo, bien podría verse llevado a una aplicación literal y rígida de los precedentes que de otra forma no podría aplicar porque sería incapaz de comprender la filosofía que los animaba. Pero dudo que un juez en esta situación necesitaría la ayuda del positivismo jurídico para encontrar estas melancólicas salidas de su predicamento. Tampoco pienso que sea probable que tal embrollo surja en una nación donde tanto el derecho como el buen derecho sean considerados como logros humanos colaborativos que necesitan renovación constante, y donde los juristas aún estén al menos tan interesados en preguntar “¿Qué es el bueno derecho?” como lo están en preguntar “¿Qué es el derecho?”.

## **V. El problema de restaurar el respeto por el derecho y la justicia después de un régimen que no respetaba ninguna**

Después del colapso del régimen nazi los tribunales alemanes enfrentaron una situación realmente aterradora. Les era imposible declarar ilegal la dictadura por completo o tratar como inválidas todas las decisiones y decretos jurídicos que hubieran emanado del gobierno de Hitler. Habrían ocurrido desbarajustes intolerables a partir de cualquier declaración general de ilegalidad de todo lo ocurrido a lo largo de un espacio de doce años. Por otro lado, era igualmente imposible traspasar al nuevo gobierno los efectos de cada perversidad que había sido cometida en nombre del derecho; cualquier curso tal habría contaminado un futuro indefinido con los venenos del nazismo.

Esta situación -que era, en efecto, invasiva, afectando todas las ramas del derecho- llegó a un punto crítico en una serie de casos que involucraban informantes que habían aprovechado el terror nazi para deshacerse de enemigos personales o cónyuges indeseados. Si todas las leyes y decisiones judiciales nazis fueran indiscriminadamente "derecho", entonces estas despreciables criaturas eran inocentes, pues habían entregado sus víctimas a procesos que los mismos nazis conocían con el nombre de derecho. Sin embargo, era intolerable, en especial para los parientes y amigos sobrevivientes de las víctimas, que estas personas quedaran libres de castigo, mientras que los objetos de su rencor estaban muertos, o recién eran liberados después de años de encarcelamiento, o, aún más doloroso, simplemente seguía sin saberse de ellos.

La urgencia de esta situación no se le escapa en absoluto al Profesor Hart. En efecto, es llevado a recomendar un recurso que ciertamente no es falto de un cierto aire de desesperación. Sugiere que una ley penal retroactiva habría sido la solución menos reprochable al problema. Esta ley habría castigado al informante, calificándolo como criminal, por un acto que el

Profesor Hart considera haber sido perfectamente legal cuando lo cometió.<sup>16</sup>

Por otro lado, el Profesor Hart condena sin reservas aquellas decisiones judiciales en las cuales los tribunales mismos asumieron la declaración de nulidad de ciertas leyes nazis de acuerdo a las cuales las víctimas de los informantes habían sido condenadas. Uno no puede evitar plantear en este punto la si acaso la cuestión presentada por el mismo Profesor Hart es verdaderamente aquella de la fidelidad al derecho. Por cierto sería una consecuencia necesaria de una ley penal retroactiva en contra de los informantes que, para propósitos de esa ley al menos, las leyes nazis en la forma que fueron aplicadas a los informantes o sus víctimas habían de ser consideradas nulas. Con este giro, la pregunta ya no parece ser si acaso lo que una vez fue derecho puede ahora ser declarado no haber sido derecho, sino más bien quién debería hacer el trabajo sucio, los tribunales o la legislatura.

Pero, como el mismo Profesor Hart sugiere, las cuestiones en juego son demasiado graves para arriesgarse a perderlas en un enredo semántico. Incluso si toda la cuestión fuera una de palabras, deberíamos recordar que estamos en un área donde las palabras tienen un poderoso efecto sobre las actitudes humanas. Me gustaría, entonces, emprender una defensa de los tribunales alemanes, y ofrecer razones por las que, en mi opinión, sus decisiones no representan el abandono del principio jurídico que el profesor Hart ve en ellos. Para comprender el trasfondo de esas decisiones tendremos que acercarnos un poco más, como para sentir el calor del infierno, de lo que el Profesor Hart nos ha traído hasta ahora. Tendremos que considerar también un aspecto del problema ignorado en su ensayo, a saber, el grado en que los nazis respetaron lo que he llamado la moralidad interna del derecho mismo.

A lo largo de su discusión, el Profesor Hart parece suponer que la única diferencia entre el derecho nazi y, digamos, el derecho inglés es que los nazis usaron sus leyes para alcanzar fines que son detestable para un inglés. Este supuesto es, pienso, gravemente erróneo, y la aceptación de él de parte del

<sup>16</sup> Véase Hart, *supra* nota 2, 619-20.

Profesor Hart me parece que hace su discusión sea insensible al problema que pretende tratar.

A lo largo de su período de control, los nazis aprovecharon generosamente un ardid que no es completamente desconocido a las legislaturas estadounidenses, la ley retroactiva que sana irregularidades previas. El más dramático uso de los poderes reparadores de una ley tal ocurrió el tres de julio de 1934, luego de la “purga de Röhm”.<sup>\*</sup> Cuando este episodio de fusilamientos al interior del partido estuvo acabado y más de setenta nazis había sido -cuesta decirlo de otra forma- “borrados”, Hitler volvió a Berlín y obtuvo de su gabinete una ley que ratificaba y confirmaba las medidas tomadas entre el 30 de junio y el 1 de julio de 1934, sin mencionar los nombres de quienes ahora se consideraba que habían sido legalmente ejecutados.<sup>17</sup> Algún tiempo después Hitler declaró que durante la purga de Röhm “el tribunal supremo del pueblo alemán ... consistía en mí mismo”,<sup>18</sup> que ciertamente no es una exageración del cargo en que actuó si uno se toma en serio el dictamen que confirió legalidad retroactiva a “las medidas tomadas”.

Ahora en Inglaterra y Estados Unidos nunca se le ocurriría decir que “está en la naturaleza del derecho el que no puede ser retroactiva”, aunque, desde luego, impedimentos constitucionales pueden prohibir ciertas clases de retroactividad. Diríamos que es normal que una ley opere prospectivamente, y que puede ser discutible que nunca pueda operar de otra forma, aunque en el fondo cualquier afirmación de que la retroactividad viola la naturaleza misma del derecho sería incapaz de persuadir a nadie. Sin embargo, solo tenemos que imaginar un país en el cual *todas* las leyes fueran retroactivas para ver que la retroactividad presenta un problema real para la moralidad interna del derecho. Si imaginamos un monarca absoluto que permite que su reino exista

---

\* La “purga de Röhm”, más conocida como “la noche de los cuchillos largos” [*Nacht der langen Messer*], se trató de una serie de asesinatos ordenados por Hitler en contra de adversarios y rivales políticos bajo el pretexto de prevenir un golpe de estado. Entre ellos estuvo Ernst Röhm, líder de la *Sturmabteilung*, una organización paramilitar nazi [N. del T.].

17 *N.Y. Times*, 4 de julio de 1934, p. 3, col. 3 (última edición citadina).

18 Véase *N.Y. Times*, 14 de julio de 1934, p. 5, col. 2 (última edición citadina).

en un constante estado de anarquía, difícilmente diríamos que podría crear un régimen de derecho simplemente promulgando una ley reparadora que confiriera legalidad a todo lo que había ocurrido hasta esa fecha y anunciando su intención de promulgar leyes similares cada seis meses en el futuro.

Un aumento general en el recurso a leyes reparadoras de irregularidades jurídicas pasadas representa un deterioro en esa forma de moralidad jurídica sin la cual el derecho mismo no puede existir. La amenaza de tales leyes pende sobre todo el sistema jurídico, y despoja a todas las leyes de parte de su importancia. Y ciertamente una amenaza general de este tipo implícita cuando un gobierno está dispuesto a utilizar una ley tal para transformar en ejecución legal lo que fue un simple homicidio cuando ocurrió.

Durante el régimen nazi hubo repetidos rumores de “leyes secretas”. En el artículo criticado por el Profesor Hart, Radbruch menciona un informe de que la matanzas a gran escala en campos de concentración fueron declaradas “ajustadas a derecho” por medio de un dictamen secreto.<sup>19</sup> Ahora, ciertamente no puede haber monstruosidad mayor que una ley secreta. ¿Recomendaría alguien seriamente que a continuación de la guerra los tribunales alemanes deberían haber buscado leyes sin publicar entre los archivos dejados por el gobierno de Hitler de manera que los derechos de los ciudadanos pudieran ser determinados por referencia a esas leyes?

El alcance de la obligación del legislador de dar a conocer sus leyes a sus súbditos es, desde luego, un problema de moralidad jurídica que ha estado en activa discusión al menos de la Secesión de los Plebeyos. Probablemente no exista un estado moderno que no haya estado plagado por este problema de una u otra forma. Es más probable que surja en sociedades modernas con respecto a instrucciones administrativas sin publicar. A menudo quienes las dictan consideran, con bastante buena fe, que afectan solo cuestiones de organización interna. Pero ya que estos procedimientos seguidos por una agencia administrativa, incluso en sus acciones “internas”, puede afectar

<sup>19</sup> Radbruch, “Die Erneuerung des Rechts”, 2 *Die Wandlung* 8, 9 (Alemania 1947).

seriamente los derechos e intereses del ciudadano, estas regulaciones sin publicar, o “secretas”, a menudo son objeto de quejas.

Pero, como ocurre con la retroactividad, lo que en la mayoría de las sociedades se mantiene bajo control por medio de las limitaciones tácitas de la decencia jurídica estalló de forma monstruosa bajo Hitler. De hecho, tan desenfrenada era toda la moralidad nazi del derecho, que no es fácil saber qué debería considerarse como una ley sin publicar o secreta. Puesto que las instrucciones sin publicar dirigidas a quienes administran el derecho pueden arruinar la letra de cualquier ley publicada al imponerle interpretaciones escandalosas, existía un sentido en que el significado de toda ley era “secreto”. Incluso una orden verbal de Hitler de que un millar de prisioneros en campos de concentración fueran muertos era a la vez una instrucción administrativa y una validación de todo lo hecho de acuerdo a ella como “ajustado a derecho”.

Pero las más importantes afrentas a la moralidad del derecho por parte del gobierno de Hitler no tomó formas tan sutiles como aquellas ejemplificadas en los extraños asomos que acabo de discutir. En primer lugar, cuando las formas jurídicas se hicieron inconvenientes, siempre les fue posible a los nazis soslayarlas por completo y “actuar por medio del partido en las calles”. No había nadie que se atreviera a pedirles cuentas por cualesquiera atrocidades que hubieran cometido de esa forma. En segundo lugar, los tribunales dominados por los nazis siempre estuvieron dispuestos a ignorar cualquier ley, incluso aquellas promulgadas por los mismos nazis, si esto les conviniese o si temieran que una interpretación de abogado pudiera provocar incomodidad “arriba”.

El completa disposición de los nazis a ignorar incluso sus propios decretos fue un factor importante que llevó a Radbruch a adoptar la posición que tomó en los artículos tan severamente criticados por el Profesor Hart. No creo que ninguna evaluación justa de la acción de los tribunales alemanes de posguerra sea posible a menos que tomemos en cuenta este factor, tal como el

Profesor Hart no lo hace en absoluto.

Estas observaciones pueden no ser concluyentes por su generalidad y parecer descansar más en afirmaciones que en hechos que sirvan de evidencia. Ocupémonos de inmediato, entonces, del caso de hecho discutido por el Profesor Hart.<sup>20</sup>

En 1944 un soldado alemán hizo una breve visita a su esposa mientras se encontraba con autorización de viaje por una reasignación. Durante el día que estuvo en casa, le dio a entender en privado a su esposa algo de su opinión del gobierno de Hitler. Expresó desaprobación de (*sich abfällig geäußert über* [se expresó desfavorablemente sobre]) Hitler y otras figuras destacadas del partido nazi. Dijo también que era una lástima que Hitler no hubiera encontrado su fin en el intento de asesinato que había ocurrido el 20 de julio de ese año. Poco después de su partida, su esposa, que durante su larga ausencia mientras cumplía el deber militar “había acudido a otros hombres” y que deseaba deshacerse de él, informó de sus comentarios al líder local del partido nazi, haciendo notar que “un hombre que dijera tal cosa no merece vivir”. El resultado fue un juicio del marido por parte de un tribunal militar y una sentencia de muerte. Tras un breve período de encarcelamiento, en vez de ser ejecutado, fue enviado al frente nuevamente. Luego del colapso del régimen nazi, la esposa fue llevada a juicio por haber procurado el encarcelamiento de su esposo. Su defensa se apoyó sobre la base de que las afirmaciones que su esposo le hizo acerca de Hitler y los nazis constituían un crimen de acuerdo a las leyes entonces vigentes. Por consiguiente, cuando informó sobre su esposo estaba simplemente llevando un criminal a la justicia.

Esta defensa se apoyó en dos leyes, una aprobada en 1934, la otra en 1938. Consideremos primero el segundo de estos decretos, el cual era parte de una legislación más amplia que creaba toda una serie de ofensas penales en tiempos de guerra especiales. Reproduzco abajo una traducción de la única

---

20 Fallo de 27 de julio de 1949, Oberlandsgericht, Bamberg, 5 *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 20 (Alemania 1950), 64 *Harv. L. Rev.* 1005 (1951).

sección pertinente:

Las siguientes personas son culpables de destruir el poder nacional de resistencia y serán castigados con la muerte: Quienquiera que solicite o incite públicamente un rechazo a cumplir las obligaciones de servicio en las fuerzas armadas de Alemania, o en las fuerzas armadas aliadas con Alemania, o quien de otra forma busque públicamente herir o destruir la voluntad del pueblo alemán o un pueblo aliado de hacerse valer incondicionalmente contra sus enemigos.<sup>21</sup>

Es casi inconcebible que un tribunal de la Alemania de hoy consideraría los comentarios del marido a su esposa, quien fue excluida del deber militar por su sexo, como una violación de la disposición final omnicomprendiva de esta ley, particularmente cuando se recuerda que el texto reproducido arriba era parte de un dictamen más amplio que trataba de cosas tales como albergar desertores, escapar al deber militar por medio de lesiones autoinfligidas, y similares. Surge, entonces, la pregunta sobre la medida hasta la cual los principios interpretativos aplicados por los tribunales del gobierno de Hitler deberían ser aceptados al determinar si acaso los comentarios del marido fueron en efecto contrarios a derecho.

Esta pregunta se vuelve agudo cuando notamos que la ley se aplica solo a actos o afirmaciones *públicas*, mientras que los comentarios del marido fueron en la privacidad de su propio hogar. Ahora parece que los tribunales nazis (y debería notarse que aquí tratamos con un tribunal militar especial) ignoraban de manera bastante general esta limitación y ampliaban la ley a todas las aseveraciones, privadas o públicas.<sup>22</sup> ¿Está preparado el Profesor Hart para decir que el significado jurídico de esta ley ha de ser determinado a la luz de este aparentemente uniforme principio de interpretación judicial?

---

21 El pasaje traducido es el §5 de una ley que crea un Kriegssonderstrafrecht [*derecho penal especial de guerra*]. Ley de 7 de agosto de 1938, [1939] 2 *Reichsgesetzblatt* parte I, p. 1456. La traducción es mía.

22 Véase 5 *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 207, 210 (Alemania 1950).

Ocupémonos ahora de otra ley sobre la que el Profesor Hart se apoya al suponer que la aseveración del marido fue contraria a derecho. Esta es la ley de 1934, cuyas porciones relevantes son traducidas abajo:

(1) Quienquiera que haga públicamente afirmaciones maliciosas o provocativas dirigidas contra, o afirmaciones que revelen una disposición abyecta hacia, las principales figuras de la nación o del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán, o hacia las medidas tomadas o las instituciones establecidas por ellos, y de natura tal que socaven la confianza del pueblo en su liderazgo político, será castigado con encarcelamiento.

(2) Las expresiones maliciosas no hechas en público serán tratadas de la misma forma que las expresiones públicas cuando la persona que las haga hubiese o debiese haber advertido que llegarían al público.

(3) La persecución de tales expresiones solo se hará por orden del Ministerio Nacional de Justicia; en caso que la expresión fuere dirigida en contra de una figura principal del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán, el Ministerio de Justicia ordenará la persecución solo con el consejo y consentimiento del Representante del Líder.

(4) El Ministerio Nacional de Justicia determinará, con el consejo y consentimiento del Representante del Líder, quién pertenecerá a la clase de figuras principales para propósitos de la Sección 1 más arriba.<sup>23</sup>

Esta monstruosidad legislativa apenas merece un comentario extenso, sobrecargado y debilitado como está por discreción administrativa descontrolada. Podemos notar tan sólo: primero, que no ofrece justificación alguna para la pena de muerte de hecho impuesto al esposo, aunque nunca

---

<sup>23</sup> El pasaje traducido es el artículo 2 de Una Ley Contra los Ataques Maliciosos al Estado y el Partido y para la Protección del Uniforme del Partido, Ley de 20 de diciembre de 1934, [1934] 1 *Reichgesetzblatt*, 1269. La traducción es mía.

llevada a cabo; segundo, que si el acto de la esposa de reportar a su esposo hizo “públicas” sus comentarios, no hay tal cosa como una expresión privada de acuerdo a esta ley. Me gustaría preguntar al lector si acaso puede de hecho compartir la indignación del Profesor Hart de que, en las perplejidades de la reconstrucción de posguerra, los tribunales alemanes estimaran adecuado declarar que esta cosa no era una ley. ¿Puede sostenerse seriamente que habría más adecuado al proceso judicial si los tribunales de posguerra hubiera emprendido un estudio de los “principios interpretativos” vigentes durante el mando de Hitler y luego hubieran aplicado solemnemente esos “principios” para determinar el significado de esta ley? Por otro lado, ¿habrían realmente mostrado respeto por el derecho nazi si hubieran interpretado las leyes nazis de a sus propios, y bastante distintos, estándares de interpretación?

El Profesor Hart fustiga a los tribunales alemanes y a Radbruch, no tanto por lo que creían haber hecho, sino porque no lograron ver que enfrentaban un dilema moral de un tipo que habría sido inmediatamente evidente a Bentham y Austin. Con la artimaña de decir “Cuando una ley es suficientemente perversa deja de ser derecho”, huyeron del problema que deberían haber enfrentado.

Esta crítica, creo, carece de justificación. En lo que a los tribunales concernía, la cuestión no habría sido evitada si, en vez de decir “Esto no es derecho”, hubieran dicho “Esto es derecho pero es tan perverso que nos negaremos a aplicarlo”. Ciertamente la confusión moral alcanza su punto culminante cuando un tribunal se niega a aplicar algo que reconoce que es derecho, y el Profesor Hart no recomienda tal “encaramiento del verdadero asunto” por parte de los tribunales mismos. Él habría preferido una ley retroactiva. Curiosamente, esta era también la preferencia de Radbruch.<sup>24</sup> Pero, a diferencia del Profesor Hart, los tribunales alemanes y Gustav Radbruch eran vivos participantes de una situación de drástica emergencia. El problema del informante era apremiante, y si las instituciones jurídicas habían

24 Véase Radbruch, “Die Erneuerung des Rechts”, 2 *Die Wandlung* 8, 10 (Alemania 1947).

de ser rehabilitadas en Alemania, no habría servido el permitir a las personas empezar a tomar la ley en sus propias manos, como podría haber ocurrido mientras los tribunales estaban a la espera de una ley.

En cuanto a Gustav Radbruch, es, creo, completamente injusto decir que no sabía que enfrenta un dilema moral. Sus escritos de posguerra enfatizan repetidamente las antinomia enfrentadas en el esfuerzo de reconstruir un gobierno decente y disciplinado en Alemania. En cuanto al ideal de fidelidad al derecho, dejaré que las palabras del propio Radbruch expongan su posición:

No debemos esconder de nosotros mismos –especialmente no a la luz de nuestras experiencias durante la dictadura de doce año– que temibles peligros para el imperio del derecho [*rule of law*] puede contenerse en la noción de “legalidad sin ley [*statutory lawlessness*]” y en el negar el carácter de derecho a leyes debidamente promulgadas”.<sup>25</sup>

La situación no es que el positivismo jurídico haga a un hombre capaz de saber cuándo enfrenta un difícil problema de elección, mientras que las creencias de Radbruch le engañen haciéndole creer que existe ningún problema que enfrentar. El real asunto que divide a los Profesores Hart y Radbruch es: ¿Cómo plantearemos el problema? ¿Cuál es la naturaleza del dilema en que estamos atrapados.

Espero no estar siendo injusto con el Profesor Hart cuando digo que no logro hallar forma alguna de describir el dilema como él lo entiende sino usando algunas palabras tales como las siguientes: Por un lado, tenemos un dato amoral [amoral *datum*] llamado derecho, que tiene la peculiar característica de crear un deber moral de obedecerlo. Por otro lado, tenemos un deber moral de hacer los que creemos que es correcto y decente. Cuando nos enfrentamos con una ley que creemos que es plenamente perversa,

---

<sup>25</sup> Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht”, 1 *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 105, 107 (Alemania 1946) (reimpreso en Radbruch, *Rechtsphilosophie* 347, 354 (4ª ed. 1950)). La traducción es mía.

tenemos que elegir entre estos dos deberes.

Si esta es la posición positivista, entonces no tengo vacilación al rechazarla. El “dilema” que presenta posee la formulación verbal de un problema, pero el problema que presenta no tiene sentido. Es como decir que tengo que elegir entre dar comida a un hombre hambriento y ser misébil con las lorogolobas [*being mimsy with the borogoves*].\* No creo que sea injusto con la filosofía positivista decir que nunca da un sentido coherente a la obligación moral de fidelidad al derecho. Esta obligación parece ser concebida como *sui generis*, sin relación alguna con ninguno de los fines cotidianos, extrajurídicos, de la vida humana. El postulado fundamental del positivismo –que el derecho debe ser estrictamente separado de la moralidad– parece negar la posibilidad de cualquier puente entre la obligación de obedecer al derecho y otras obligaciones morales. Ningún principio mediador puede estimar sus respectivas exigencias a la consciencia, pues existen en mundos completamente separados.

Mientras que no adheriría a todas las opiniones de posguerra de Radbruch –especialmente aquellas relativas al “derecho superior”– creo que apreció, mucho más claramente que el Profesor Hart, la verdadera naturaleza del dilema enfrentado por Alemania al buscar reconstruir sus destrozadas instituciones jurídicas. Alemania tenía que restaurar el respeto al derecho tanto como el respeto a la justicia. Aunque ninguno de estos podía ser restaurado sin el otro, se encontraron desagradables antinomias en el intento de restaurar ambas de una vez, como Radbruch apreció con demasiada claridad. Esencialmente, Radbruch entendió el dilema como el de satisfacer las exigencias de orden, por un lado, y aquellas de un buen orden, por el otro. Desde luego, ninguna fórmula sencilla puede sacarse de esta forma de expresar el problema. Pero, a diferencia del positivismo, no nos pone frente a exigencias opuestas que no tienen ningún contacto viviente con el otro, que simplemente

---

\* “Mimsy” y “borogoves” son expresiones sin sentido acuñadas por Lewis Carroll en su poema “Jabberwocky”.

vociferan sus contradicciones a través de un vacío. Al buscar orden, podemos recordarnos de modo significativo que el orden mismo no nos servirá de nada a menos que sea bueno para algo. Al buscar hacer de nuestro orden uno bueno, podemos recordarnos que la justicia misma es imposible sin orden, y que no debemos perder el orden mismo en el intento de hacerlo uno bueno.

## **VI. Las consecuencias morales del positivismo jurídico**

Llegamos ahora a la pregunta si acaso existe algún fundamento para la creencia de Gustav Radbruch de que una aceptación general de la filosofía positivista en la Alemania prenazí hizo más suave el camino a la dictadura. Comprensiblemente, el Profesor Hart considera esta como la más escandalosa de las acusaciones contra el positivismo.

Aquí por cierto entramos a una peligrosa área de controversia, donde las palabras y acusaciones desagradables se han vuelto frecuentes. Durante el último medio siglo en este país ningún asunto iusfilosófico ha causado más derramamiento de tinta y adrenalina que la afirmación de que existen consecuencias “totalitarias” en las opiniones Oliver Wendell Holmes, Jr. Incluso las críticas más cuidadosamente expresadas de aquella gran figura de la época de Darwin, Huxley, y Haeckel parecen agitar la mente del lector con el recuerdo de tales mordacidades.<sup>26</sup> No ayuda nada sugerir que quizás Holmes no percibió todas las consecuencias de su propia filosofía, pues esto es tan solo sustituir un insulto por otro. Tampoco ayuda mucho recordar el dictum de uno de los más cercanos compañeros de juventud de Holmes -sin duda un observador perspicaz- de que Holmes estaba “compuesto de al menos dos personas y media enrolladas en una, y la forma en que los mantiene juntos en una tirante piel, sin reñirse más de lo que lo hacen, es notable”.<sup>27</sup> Al

---

26 Véase, e.g., Howe, “The Positivism of Mr. Justice Holmes”, 64 *Harv. L. Rev.*, 529 (1951).

27 Véase I Perry, *The Thought and Character of William James* 297 (1935) (cita de una carta escrita por William James en 1869).

aventurarse en estas agitadísimas aguas iusfilosóficas, uno no se tranquiliza al ver a un hombre tan moderado como el Profesor Hart incurriendo en algunos golpes de remo bastante amplios. Radbruch reveló “una extraordinaria ingenuidad” al evaluar el carácter de su propia profesión en Alemania y al suponer que su adherencia al positivismo ayudó a los nazis a llegar al poder.<sup>28</sup> Su juicio sobre esta y otras materias muestra que tenía “solo había digerido a medias el mensaje espiritual del liberalismo” que erróneamente creía estar transmitiendo a sus compatriotas.<sup>29</sup> Un estado de “histeria” se aprecia en quienes ven una saludable reorientación del pensamiento jurídico alemán en decisiones judiciales tales como las que fueron dadas en los casos de los informantes.

Dejemos a un lado por lo menos las toscas herramientas de la invectiva y ocupémonos con tanta calma como podamos de la cuestión si acaso el positivismo jurídico, como era practicado y predicado en Alemania, tuvo, o pudo haber tenido, alguna conexión causal con el ascenso de Hitler al poder. Debería recordarse que en los setenta y cinco años previos al régimen nazi la filosofía positivista había alcanzado en Alemania una posición tal que no disfrutaba en ningún otro país. Austin alabó a un académico alemán por poner el derecho internacional bajo las iluminadoras restricciones del positivismo.<sup>30</sup> Gray informaba con gusto que los juristas alemanes “más capaces” de su época estaban “renunciando a todo *“nicht positivisches Recht”* [derecho no positivo], y citaba a Bergbohm como ejemplo.<sup>31</sup> Este es un ejemplo iluminador, pues Bergbohm fue un académico cuya ambición era lograr que el positivismo alemán cumpliera con sus propias pretensiones. Estaba consternado por encontrar vestigios de pensamiento iusnaturalista en escritos que reclamaban ser positivistas. En particular, esta perturbado por la frecuente reaparición de nociones tales como que el derecho debe su eficacia a la percepción de una

---

28 Hart, *supra* nota 2, 617-18.

29 *Id.* 618.

30 I Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 173 (5ª ed. 1885) (Lección V).

31 Gray, *The Nature and Sources of Law* 96 (2ª ed. 1921).

necesidad moral de orden, o que está en la naturaleza del hombre el que requiere un orden jurídico, etc. Bergbohm anunció un programa, nunca llevado a cabo, de sacar del pensamiento positivista estas últimas emanaciones del pantano de la ley natural.<sup>32</sup> Los juristas alemanes generalmente tendían a considerar el *common law* angloestadounidense como un conglomerado de derecho y moral desordenado y carente de principios.<sup>33</sup> El positivismo era la única teoría del derecho que podía reclamar ser “científica” en la Era de la Ciencia. Los disidentes de esta opinión eran caracterizados por los positivistas con ese epíteto que el hombre moderno teme por sobre todos los otros: “ingenuo” [*naïve*]. El resultado fue que podía informarse en 1927 que “ser hallado culpable de adherencia al teorías iusnaturalistas es una especie de deshonor social”.<sup>34</sup>

A estos antecedentes debemos añadir la observación de que los alemanes parecen no haber alcanzado nunca esa curiosa habilidad que poseen los británicos, y en alguna medida los estadounidenses, de mantener su conciencia corta. Cuando un alemán define el derecho, pretende que la definición sea tomada en serio. Si un autor alemán se hubiese topado con el eslogan del realismo jurídico estadounidense, “El derecho es simplemente los patrones de conducta de los jueces y otros funcionarios estatales”, no lo habría considerado solo una forma de empezar una conversación. Lo habría creído y habría actuado de acuerdo con ello.

El positivismo jurídico alemán no solo excluyó de la ciencia jurídica cualquier consideración de los fines morales del derecho, sino que también fue indiferente a lo que he llamado la moralidad interna del derecho mismo. El jurista alemán estaba, por lo tanto, peculiarmente dispuesto a aceptar como “derecho” cualquier cosa que se refiriera a sí misma con ese nombre, fuera impresa a expensas del fisco, y pareciera venir “*von oben herab*” [*desde*

---

32 I Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* 355-552 (1892).

33 Véase, e.g., Heller, *Die Krisis de Staatslehre*, 55 *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 289, 309 (Alemania 1926).

34 Voegelin, “Kelsen’s Pure Theory of Law”, 42 *Pol. Sci. Q.* 268, 269 (1927).

*arriba*].

A la luz de estas consideraciones no logro ver absurdo o maldad en la sugerencia de que las actitudes imperantes en la profesión jurídica alemana fueron útiles para los nazis. Hitler no llegó al poder por medio de una revolución violenta. Fue Canciller antes de convertirse en el Líder. El aprovechamiento de las formas jurídicas comenzó cautelosamente y se hizo más audaz a medida que el poder se consolidaba. Los primeros ataques sobre el orden establecido fueron sobre fortificaciones que, si es que eran ocupadas por alguien, era ocupadas por abogados y jueces. Estas fortificaciones cayeron casi sin esfuerzo.

El Profesor Hart y otros han estado naturalmente consternados por las referencias a un “derecho superior” en algunas decisiones sobre informantes y en los escritos de posguerra de Radbruch. Sugiero que si la filosofía del derecho alemana se hubiera preocupado más de la moralidad interna del derecho, no habría sido necesario invocar ninguna noción de este tipo al declarar nulas las más aberrantes leyes nazis.

No me parece que haya nada espantoso en decir que una dictadura que se vista con algún adorno de forma jurídica puede alejarse tanto de la moralidad del orden, de la moralidad interna del derecho mismo, que cese de ser un sistema jurídico. Cuando un sistema que se llama a sí mismo derecho se funda sobre un desprecio general por parte de los jueces de los términos de las leyes que aparentan hacer valer, cuando este sistema corrige sus irregularidades jurídicas, incluso las más burdas, por medio de leyes retroactivas, cuando solo necesita recurrir a incursiones de terror en las calles, que nadie se atreve a desafiar, para escapar incluso aquellas escasas restricciones impuesta por la apariencia de legalidad –cuando todas estas cosas se vuelto verdaderas respecto de una dictadura, no es difícil, al menos para mí, negarle el nombre de derecho.

Creo que la invalidez de las leyes involucradas en los casos de los

informantes podría haberse fundado en consideraciones como las que acabo de esbozar. Pero si uno hubiera sido formado con una generación que dijera “la ley es la ley” y lo dijera en serio, uno podría sentir que la única forma de escapar de una ley es oponerle otra, y esta debe forzosamente ser una “ley superior”. De esta forma, estas nociones de “derecho superior”, que son una razonable causa de alarma, pueden ser ellas mismas un fruto tardío del positivismo jurídico alemán.

Debería observarse en este punto que es principalmente en lo escritos católicos romanos donde la teoría del derecho natural es considerada no solo como una búsqueda de aquellos principios que permitirán a los hombres vivir juntos exitosamente, sino como una búsqueda de algo que pueda ser llamado “un derecho superior”. Esta identificación del derecho natural con un derecho que está sobre las leyes humanas parece de hecho ser requerido por cualquier doctrina que afirme la posibilidad de un pronunciamiento autoritativo de las exigencias del derecho natural. En aquellas áreas afectadas por tales pronunciamientos según estos han sido dictados hasta ahora, el conflicto entre la doctrina católica romana y las visiones opuestas me parece ser un conflicto entre dos formas de positivismo. Afortunadamente, sobre la mayor parte del área del cual se preocupan los abogados no existen tales pronunciamientos. En estas áreas creo que aquellos de nosotros que no son adherentes de su fe pueden estar agradecidos de la Iglesia Católica por haber mantenido viva la tradición racionalista en la ética.

No afirmo que la solución que he sugerido para los casos de informantes no habría conllevado sus propias dificultades, particularmente aquella de saber dónde detenerse. Pero creo que es manifiesto que el deterioro más grave de la moralidad jurídica bajo Hitler tuvo lugar en las ramas del derecho como aquellas involucradas en los casos de los informantes; no había deterioro comparable que observar en las ramas ordinarias del derecho privado. Fue en aquellas áreas donde los fines del derecho fueron más

detestables de acuerdo a estándares ordinarios de decencia donde la moralidad del derecho mismo fue despreciada más descaradamente. En otras palabras, donde uno habría estado más tentado a decir “Esto es tan perverso que no es derecho”, uno podría usualmente haber dicho en cambio “Esta cosa es el producto de un sistema tan ajeno a la moralidad del derecho que no merece ser llamada una ley”. Creo que hay algo más que una coincidencia aquí, pues la superposición sugiere que la moralidad jurídica no puede vivir cuando es separada de una lucha por la justicia y la decencia.

Pero como una solución efectiva para los casos de los informantes, yo, como el Profesor Hart y Radbruch, habría preferido una ley retroactiva. Mi razón para esta preferencia no es que esta sea la forma más cercana a la legalidad de hacer ilegal lo que una vez fue derecho. Más bien, entendería una ley tal como una forma de simbolizar un quiebre brusco con el pasado, como un medio de aislar una especie de operación de limpieza del funcionamiento normal del proceso judicial. Por medio de este aislamiento se haría posible para el poder judicial volver más rápidamente a una condición en la cual las exigencias de la moralidad jurídica pudieran ser adecuadamente respetadas. En otras palabras, haría posible planear devolver de manera más efectiva al ideal de fidelidad al derecho su significado normal.

[...]