

El positivismo y la inseparabilidad del derecho y la moral*

Leslie Green

Introducción

La Conferencia Holmes de H.L.A. Hart dio nueva expresión a la vieja idea de que los sistemas jurídicos comprenden solo el derecho positivo, una tesis usualmente denominada “positivismo jurídico”. Hart hizo esto de dos formas. Primero, desenredó la idea de los proyectos independientes y distractores de la teoría imperativa del derecho, el estudio analítico del lenguaje jurídico, y las filosofías morales no cognitivistas. La segunda movida de Hart fue ofrecer una nueva caracterización de la tesis. Argumentó que el positivismo jurídico involucra, como lo pone su título, la “separación del derecho y la moral”.¹

Desde luego, con esto Hart no pretendía decir nada tan ridículo como la idea de que el derecho y la moral deberían *mantenerse separados* (como si la separación del derecho y la moral fuera como la separación de la iglesia y el estado).² La moral establece ideales para el derecho, y el derecho debería estar a la altura de ellos. Tampoco quiso decir él que el derecho y la moral *están* separados. Vemos su unión en todas partes. Prohibimos la discriminación sexual porque la juzgamos inmoral; el propósito de prohibirla es hacer respetar y clarificar ese juicio, y lo hacemos usando términos morales cotidianos como “deber” e “igualdad”. En cuanto sugiere otra cosa, el término “separación” es desorientador. Para calmar a los de mentalidad literal, Hart podría haber titulado su conferencia “El Positivismo y la *Separabilidad* del Derecho y la Moral”.³ Eso captura bien su idea de que “no existe una conexión necesaria entre el derecho y la

* Publicado originalmente en *New York University Law Review*, Vol. 83, No. 4, (2008), pp. 1035-1058. Traducción de Ernesto Rizzo Elgueta.

1 H.L.A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, 71 *Harv. L. Rev.* 593 (1957).

2 La asociación de esta idea con Hart parece ser una confundida interpretación de una tesis que él sí sostuvo, a saber que el derecho no debe prohibir la desviación inofensiva respecto de los estándares morales convencionales. Véase H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, p. 57 (1963) (“Donde no hay daño que prevenir y ninguna víctima potencial que proteger... es difícil entender la afirmación de que la conformidad... es un valor que merece ser buscado, sin importar el sufrimiento y el sacrificio que involucra.”). Esa es una tesis normativa acerca de la legislación y no una teoría de la naturaleza del derecho. Si necesariamente el derecho positivo impusiera la moral convencional, la recomendación no habría tenido sentido.

3 Hart a veces describía la tesis a la que se oponía como si esta afirmara que el derecho y la moral están “indisolublemente fusionados o [son] inseparables”. Hart *supra* nota 1, p. 594. Creo que Jules Coleman usó por primera vez el término “tesis de la separabilidad”. Véase Jules L. Coleman, “Negative and Positive Positivism”,

moral o entre el derecho como es y como debe ser”.⁴

Lon Fuller rehusó hacer caso a las palabras de Hart. Pensó que Hart *estaba* recomendando que “el derecho debe ser separado estrictamente de la moral”⁵ - si Hart no hacía eso, ¿entonces por qué dijo que es *moralmente* mejor retener un concepto amplio de derecho, uno que se aplique incluso a los sistemas jurídicos malvados? Y de todos modos, si los positivistas *no* recomendaban la separación, ¿entonces qué consejo *estaban* ofreciendo a los políticos que tienen que diseñar constituciones o a los jueces que tienen que decidir casos?

La respuesta es que los positivistas jurídicos no estaban ofreciendo consejos. Estaban tratando de entender la naturaleza del derecho. La propia renuncia de Fuller a dar crédito a ese proyecto fluía de su aparente convicción de que no podía resultar ser nada mejor que “una serie de decisiones sobre definiciones”.⁶ Fuller ciertamente no fue el último en tener dudas acerca de las posibilidades de éxito de una explicación del derecho, ni el primero en considerar más importante cambiar el mundo que interpretarlo. Lo único sorprendente era que Fuller suponía también que cambiar el mundo podía ser logrado cambiando la filosofía. Pensaba que los juristas podían mejorar la sociedad tratando las filosofías del derecho no como esfuerzos por entender la realidad social, sino como “señales para la aplicación de las energías humanas”.⁷ ¿En qué dirección debían apuntar? Hacia una mucho mayor “fidelidad al derecho”.⁸

Pero eso era apenas el comienzo. Fuller también quería que la filosofía general del derecho asegurara que las constituciones no “incorporaran una multitud de medidas económicas y políticas del tipo que uno normalmente asociaría con el derecho legislado”,⁹ y quería que diera consuelo a los jueces ordinarios que tienen experiencia comercial pero se hallan bajo el control de una corte suprema sin sentido comercial alguno.¹⁰ El relajo del positivismo acerca de tales cosas lo perturbaba: “Lo que me molesta de la escuela del positivismo jurídico es que no solo rehúsa tratar con [estos] problemas... sino que los proscriben en principio de la competencia de la filosofía jurídica”.¹¹

En verdad, no existen tales proscripciones; los positivistas simplemente creen que existe más de un área de competencia en el imperio de la filosofía del derecho. Piensan que, por ejemplo, la oposición a tener provisiones económicas en las constituciones debe ser defendida dentro del área de la moralidad política, no arrastrarse a la filosofía general del derecho como una supuesta inferencia a partir de, o como una presuposición de, alguna teoría acerca de la naturaleza del derecho. Los positivistas piensan que la filosofía general del derecho no debería tener ninguna pretensión de ser una “guía para la conciencia”¹² y no están ni sorprendidos ni decepcionados cuando demuestra ser “incapaz de auxiliar a [un] juez”.¹³ La misión del positivismo jurídico no

11 *J. Legal Stud.* 139, pp. 140-41 (1982) (donde usa el término para referirse a la “negación de una relación necesaria o constitutiva entre el derecho y la moral”).

4 Hart, *supra* nota 1, p. 601 n. 25.

5 Lon L. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart”, 71 *Harv. L. Rev.* 630, p. 656 (1957).

6 *Id.* p. 631.

7 *Id.* p. 632.

8 *Id.* p. 631.

9 *Id.* p. 643.

10 Véase *id.* p. 646-47 (donde sugiere que el juez que “tiene la mala fortuna... de vivir bajo una corte suprema a la que considera lamentablemente ignorante de las maneras y necesidades del comercio” no puede “lograr una resolución satisfactoria de su dilema a menos que entienda su deber de fidelidad al derecho en un contexto que abarque también su responsabilidad de hacer al derecho lo que debe ser”).

11 *Id.* p. 643.

12 *Id.* p. 634.

13 *Id.* p. 647.

es, de esta forma, promover el liberalismo económico o incluso la “fidelidad al derecho”. Debería estar orientado no a alguna de estas devociones, sino a la verdad y a la claridad – lo que Hart llamó “una virtud soberana en la filosofía del derecho”.¹⁴ Es este proyecto, no otro, el que revela la “separación del derecho y la moral”.

El triunfo de la conferencia de Hart en promover este eslogan fue casi total. Quienes no saben nada más sobre la filosofía del derecho saben que los positivistas son aquellos que mantienen la separabilidad del derecho y la moral. El grupo en el cual el eslogan no prendió realmente fue entre los mismos positivistas. Joseph Raz notó, hace más de treinta años, que la tesis de la separabilidad es lógicamente independiente de la idea de que los sistemas jurídicos contienen solo derecho positivo:

La afirmación según la cual lo que es derecho y lo que no es es una cuestión puramente de hecho social deja abierta la pregunta si acaso esos hechos sociales por medio de los cuales identificamos el derecho o determinamos su existencia lo dotan o no de mérito moral. Si lo hacen, tiene necesariamente carácter moral.¹⁵

Más recientemente, Jules Coleman describió la tesis de la separabilidad como innegable y por lo tanto inútil como línea de demarcación en la teoría jurídica: “No podemos caracterizar de manera útil el positivismo jurídico en términos de la tesis de la separabilidad, una vez que es entendida adecuadamente, porque casi nadie -positivista o no- la rechaza”.¹⁶ John Gardner, por otro lado, sostuvo que la tesis de la separabilidad no puede caracterizar el positivismo por la razón opuesta: Es “absurda y ningún filósofo del derecho de nota la ha aceptado jamás”.¹⁷ Entre tanta cacofonía, es quizás nada sorprendente que algunos espectadores encontraran la tesis “irremediabilmente ambigua” y el medio siglo de debate acerca de la separabilidad del derecho y la moral “enteramente sin sentido”.¹⁸

En este artículo ofrezco un diagnóstico distinto. La tesis de la separabilidad no es ambigua, ni absurda, ni obvia. Por el contrario, es clara, coherente, y falsa. Pero es falsa por razones que Fuller no notó y que echan luz sobre -y ponen en duda- su alabadora visión del derecho.

I. Lo que la Tesis de la Separabilidad No Es

La tesis de la separabilidad no es una afirmación metodológica. Conciérne solo al ámbito del nivel objeto -esto es, a las leyes y los sistemas jurídicos.¹⁹ El método de Hart era acercarse a la naturaleza del derecho por medio un estudio hermenéutico del concepto de derecho. Consideraba este método como evasivo respecto al valor moral de sus objetos y, en ese sentido, moralmente

14 Hart, *supra* nota 1, p. 593.

15 Joseph Raz, *The Authority of Law*, pp. 38-39 (1979) [en lo que sigue Raz, *Authority*]; véase también Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, pp. 165-70 (2a ed. 1990) [en lo que sigue Raz, *Practical Reason*] (donde discute el “enfoque derivativo” y su “necesidad de una identificación socialmente orientada del derecho”).

16 Jules Coleman, *The Practice of Principle*, p. 152 (2001).

17 John Gardner, “Legal Positivism: 5 1/2 Myths”, 46 *Am. J. Juris.* 199, p. 223 (2001).

18 Klaus Følmer, “Farewell to ‘Legal Positivism’: The Separation Thesis Unraveling”, en *The Autonomy of Law*, p. 120 (Robert P. George ed., 1996).

19 Es, por lo tanto, lo que Stephen Perry llama positivismo “sustantivo”, como opuesto a uno “metodológico”. Véase en general Stephen R. Perry, “The Varieties of Legal Positivism”, 9 *Canadian J.L. & Jurisprudence* 361 (1996). Para la opinión según la cual la tesis de la separabilidad incluye al menos un compromiso metodológico, véase James Morauta, “Three Separation Theses”, 23 *Law & Phil.* 111, p. 128 (2004) (“El análisis correcto [del concepto de derecho] no implica por sí mismo ninguna afirmación sustantiva acerca del valor moral del derecho como tal.”).

neutral. Pero no es eso lo que mueve la tesis de la separabilidad. No hay razón por la cual el método evasivo no pueda descubrir conexiones necesarias entre el derecho y la moral, y descubrir que *existen* tales conexiones no es presuponer o afirmar que es moralmente bueno que existan. La neutralidad metodológica de Hart no es más que la afirmación de que la filosofía general del derecho no debe llegar con compromisos previos a conclusiones acerca del valor moral del derecho. Esta neutralidad no induce o excluye conclusión alguna, ni supone cualquier otro tipo de neutralidad valorativa.

¿Echa dudas sobre tal neutralidad la discusión de Hart de las razones morales para retener un concepto amplio de derecho? No lo hace. La tesis de la separabilidad descansa por completo en sus destructivos argumentos contra la tesis de la conexión necesaria. Las consideraciones morales y pragmáticas que menciona responden a algo que él considera “no tanto un argumento intelectual... como una apelación apasionada”.²⁰ La apelación viene de un reformador conceptual que nos pide revisar nuestro concepto de derecho de manera de despojar a los sistemas jurídicos perversos de cualquier encanto asociado a la etiqueta “derecho”. Hart no está sugiriendo que razones morales y pragmáticas *establezcan* la tesis de la separabilidad del derecho y la moral. Está argumentando que existen razones morales y pragmáticas *en contra* de pretender que la naturaleza del derecho es distinta de lo que muestra un método neutral. Esto asume que el concepto de derecho es suficientemente determinado como para hacer inteligible la idea de revisión conceptual -debe haber algo que el revisionista esté revisando- pero no asume que el derecho tenga la naturaleza que sería bueno que tuviera.

Ya que la tesis de la separabilidad es una tesis acerca de la naturaleza del derecho, podría ser tentador identificarla con una de dos influyentes teorías acerca de la naturaleza del derecho, cada una de las cuales reclama alguna asociación con la tradición del positivismo jurídico -la tesis social y la tesis de las fuentes.

De acuerdo a la tesis social, el derecho debe estar fundado en hechos sociales, y cualquier criterio no fáctico de la existencia y el contenido del derecho debe igualmente fundarse en tales hechos. Coleman es partidario de la tesis social. Sostiene que la tesis de la separabilidad “adecuadamente entendida”, es solo una afirmación acerca “del *contenido* de los criterios de pertenencia al derecho” y como tal no está expuesto a dudas serias.²¹ Si la frase recién citada significa que la tesis de la separabilidad es solo una afirmación acerca de *cuáles son los criterios de pertenencia*, entonces es probablemente verdadero que nadie sostiene que *los criterios* son necesariamente morales -ni siquiera un tomista como John Finnis, quien sensatamente reconoce que “la ley humana es un artefacto y un artificio, y no una conclusión a partir de premisas morales”.²² Coleman infiere que la real línea de demarcación entre positivistas y otros depende de las “condiciones de existencia” de los criterios no necesariamente morales. Afirma que los positivistas sostienen, mientras que otros niegan, que esas condiciones de existencia son convencionales o sociales.²³

Ahora, uno podría, advirtiéndolo claramente, usar “separabilidad” como sea que uno quiera. Pero la tesis de Coleman difiere de la Hart, pues descuida una de las enseñanzas centrales de Hart: “Hay muchos tipos de relación entre el derecho y la moral, y no hay nada que pueda ser

20 Hart, *supra* nota 1, p. 615.

21 Coleman, *supra* nota 16, p. 152-53.

22 John Finnis, “The Truth in Legal Positivism”, en *The Autonomy of Law*, *supra* nota 18, pp. 195, 205.

23 Coleman, *supra* nota 16, p. 152-53. Para mi propia opinión, véase Leslie Green, “Positivism and Conventionalism”, 12 *Canadian J.L. & Jurisprudence* 35, p. 36 (1999) (“[L]a regla de reconocimiento no puede ser entendida meramente como una norma convencional.”).

singularizado con provecho para ser estudiado como *la* relación entre ellos”.²⁴ La tesis de Hart es que *ninguna* de estas relaciones se da de manera necesaria. Lejos de centrarse en una reducida (si bien importante) pregunta acerca del derecho y la moral, la teoría de Hart es pluralista hasta el tedio. Examina casi todo lo que alguna vez alguien pensó que podría constituir algún tipo de relación necesaria y luego argumenta,²⁵ una por una, que “no es necesariamente así”. La conocida tesis social que Coleman tiene en mente es más reducida que la tesis que Hart buscó reivindicar.

Por razones similares, la tesis de la separabilidad no puede ser identificada con la tesis de las fuentes -esto es, con la opinión de que la existencia y el contenido del derecho dependen de sus fuentes y no de sus méritos.²⁶ Ya hemos notado una forma en que esta tesis es menos severa que la tesis de la separabilidad: La tesis de las fuentes solo excluye la *dependencia* del derecho en la moral. Como nota Raz, esto deja bien abierta la pregunta si acaso existen otras relaciones necesarias entre los dos (incluyendo relaciones de implicación que vayan *de* proposiciones acerca del derecho *a* proposiciones acerca de la moral).²⁷ De otra forma, sin embargo, la tesis de las fuentes es más severa que la tesis de la separabilidad. Excluye de los criterios para identificar el derecho no solo la moralidad sino *cualquier* mérito -esto es, cualquier consideración evaluativa que pudiera justificar crear o mantener una posible regla jurídica. Hart está interesado en todo tipo de relaciones entre el derecho y la moral; nunca se detiene a considerar lo que el positivismo sostiene acerca de, digamos, la relación entre el derecho y la economía. De acuerdo a la tesis de las fuentes, sin embargo, el hecho de que una cierta regla jurídica fuera ineficiente no es una mejor razón para dudar de su existencia que el hecho de que fuera inhumana o injusta. John Austin lo puso así: “Una ley, que efectivamente exista, es una ley, aunque ocurra que no nos guste, o aunque difiera del texto, por el cual regulamos nuestra aprobación o desaprobación”.²⁸ Austin pretende que la cuantificación se aplique *a todos* los “textos”.

II. Entendiendo la Tesis de la Separabilidad

De manera que la tesis de la separabilidad no es la tesis de la neutralidad metodológica, ni la tesis

24 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, p. 185 (2a ed. 1994).

25 Véase *id.* pp. 185-212 (donde identifica y discute varias conexiones entre el derecho y la moral). Véase en general Hart, *supra* nota 1 (donde explora argumentos a favor de la separabilidad del derecho y la moral).

26 Es esta última cláusula (“no de sus méritos”) la que distingue la tesis de las fuentes de la tesis social. La tesis social permite la dependencia del mérito del derecho, siempre y cuando esa dependencia sea ella misma una consecuencia de hechos sociales. Véase Gardner, *supra* nota 17, p. 200 (donde discute “los intentos de validar ciertas normas apoyándose en criterios basados en el mérito de sus fuentes”). Otros han provisto presentaciones y defensas de la tesis de las fuentes. Véase Raz, *Authority*, *supra* nota 15, pp. 45-52 (donde propone que la tesis de las fuentes “refleja y sistematiza varias distinciones interconectadas contenidas en nuestra concepción del derecho” y que “provee estándares públicamente determinables a los cuales los miembros de ... la sociedad se entiende que están vinculados.”); Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, pp. 210-37 (ed. rev. 1995) (donde defiende la tesis de las fuentes y explica su relación con las tesis sociales -o “de la incorporación”- y de la coherencia); Green, “Legal Positivism”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Edward N. Zalta ed., 2003), <http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/> (donde reviso varias consideraciones en apoyo de la tesis de las fuentes).

27 Raz, *Authority*, *supra* nota 15, p. 38-39.

28 John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, p. 184 (Hackett Publishing Co. 1998) (1832). Hart también observa el punto de Austin, véase Hart, *supra* nota 1, pp. 597, 612-13, pero la única huella que deja en el argumento que sigue es su afirmación de que no todos los “debes” son “debes” morales.

social, ni la tesis de las fuentes. Es la afirmación de que no existen conexiones necesarias entre el derecho y la moral. No se confunda el impresionante alcance de la tesis con ambigüedad. Se aplica a varios *relata* (a leyes individuales y a sistemas jurídicos, a la moral positiva y a la moral válida); a varias relaciones (causal, formal, normativa); y a varias modalidades (tanto necesidad conceptual como natural). Proclama audazmente que, entre todas las permutaciones y combinaciones, no se hallará ninguna conexión necesaria en absoluto.

Recuperemos el aliento. Para entender la tesis, hay tres términos que necesitamos clarificar: “conexión”, “moral”, y “necesaria”. *Conexión* no es una noción técnica; es simplemente cualquier tipo de relación. Las conexiones importan porque no comprendemos plenamente el derecho hasta que entendemos cómo se relaciona con cosas como el poder social, las reglas sociales, y la moral. Existen relaciones externas entre el derecho y el resto del mundo social. Existen también relaciones internas sin las cuales algo no *sería* derecho -esto es, relaciones que pertenecen al concepto de derecho. Ya que el derecho no es una clase natural, no es plausible suponer que su naturaleza pudiera estar oculta, esperando ser revelada solo en alguna microestructura aún por descubrir. Ya que el derecho no es un principio lógico, no es plausible suponer que su naturaleza está enterrada en algún teorema aún no demostrado. El derecho es una institución humana; podemos estudiarlo solo de las formas en que las instituciones pueden ser estudiadas. Una tal forma es estudiar los conceptos por medio de los cuales las instituciones se estructuran y desarrollan -conceptos implícitos en nuestro pensamiento, lenguaje, y prácticas. Comprender el concepto de derecho es comprender lo que no puede no ser verdadero respecto del derecho, cuando sea y donde sea que aparezca.

Ahora la *moral*. Mientras que las disputas más estridentes involucran la relación entre el derecho y la moral válida (o ideal), la tesis de la separabilidad no es menos aplicable a la moral convencional (o positiva). Existe una conexión entre estas dos, pues la moral válida es lo que toda moral convencional afirma ser (o se considera que es). La tesis de la separabilidad rechaza las conexiones necesarias en ambos frentes. Niega no solo la opinión así llamada “iusnaturalista” de que deben existir criterios de evaluación moral del derecho, sino también la opinión de aquellos “sociólogos del consenso” que suponen que todos los sistemas jurídicos encarnan necesariamente el espíritu, las tradiciones, o los valores de sus comunidades.

La única idea algo dificultosa es la de una conexión *necesaria*. La tesis de la separabilidad permite cualquier tipo de conexión *contingente* entre el derecho y la moral. ¿Pero cuál, precisamente, es la diferencia? Resulta ser menos precisa de lo que algunos filósofos quisieran. Hart da a “necesidad” [*necessity*] una interpretación amplia y generosa. Aparte de pensar que una relación necesaria es una que no puede no darse, no abraza ningún compromiso firme acerca de su naturaleza. En particular, no intenta aprovechar ninguna ventaja que pudiera obtenerse de sostener que lo que es naturalmente necesario o humanamente necesario no es realmente necesario, sobre la base de que no es, como lo pone el conocido eslogan, “verdadero en todos los mundos posibles”. Hart da cabida expresamente a que las verdades necesarias sean contextuales - esto es, que dependan de características empíricas como nuestra corporalidad, nuestra mutua vulnerabilidad, y nuestra mortalidad, todas las cuales son “reflejadas en estructuras completas de nuestro pensamiento y lenguaje”.²⁹ Dados tales profundos hechos, etiquetar una característica del derecho que se siga necesariamente como mera “contingencia” sería engañoso, pues si bien podría cambiar conjuntamente con la naturaleza humana, el hecho de que *requeriría* un cambio

29 Hart, *supra* nota 24, p. 192; véase también Hart, *supra* nota 1, p. 622 (“El mundo en que vivimos ... puede cambiar un día ... y si este cambio fuera suficientemente radical ... formas completas de pensar y hablar que constituyen nuestro presente aparato conceptual ... decaerían.”).

en la naturaleza humana muestra que es esencialmente inevitable.

Entonces, “¿por qué no llamarla una necesidad ‘natural’?”³⁰ El hecho de que el derecho tenga estas características no es, después de todo, “un accidente”.³¹ En lo que a la filosofía del derecho concierne, las necesidades naturales y humanas no son menos necesarias que las necesidades conceptuales, y no hay límites claros en torno a ellas. Hart está interesado en todas ellas.

Solo tres asuntos ulteriores acerca de la modalidad necesitan ser mencionados. Primero, un punto obvio: “Necesario” y “contingente” no son contradictorios. De la negación de que existan criterios de evaluación moral necesarios para la existencia del derecho, no se sigue que sean criterios morales contingentes. Podría no haber ninguno. Así, la tesis de la separabilidad no presta apoyo alguno a la opinión de Hart de que de manera contingente, en algunos sistemas jurídicos, la existencia del derecho no depende de que satisfaga criterios morales.

Segundo, no todas las verdades necesarias son verdades importantes. Rousseau afirmó que “las leyes son siempre útiles para aquellos con posesiones y dañinas para los que no tiene nada”.³² Supóngase que no es ni falso ni necesariamente verdadero. Aunque sea una verdad contingente, es tan importante como muchas verdades necesarias acerca del derecho (por ejemplo, la verdad de que todo sistema jurídico regula agentes). La verdad de Rousseau es de obvia importancia moral y poder explicativo si bien es contingente; por otro lado, el hecho de que el derecho regule agentes, aunque necesariamente verdadero, no es una verdad muy fecunda. Más aun, las relaciones *entre* verdades necesarias y contingentes a menudo contribuyen a nuestro interés en las necesarias. Todo sistema jurídico contiene necesariamente normas que confieren potestades que juegan un importante rol en la explicación de cómo el derecho gobierna su propia creación. Pero las normas que confieren potestades son importantes también porque proveen facilidades a ciertos agentes en ciertos términos, tales como el poder de legislar o adquirir propiedad. Tienen, por tanto, una relación contingente con la distribución del poder social dentro la sociedad, una cuestión de primera importancia en la teoría jurídica y política.

Como advertencia final, deberíamos tener presente que una conexión necesaria no necesita ser obvia o autoevidente. Podría ser algo que solo lleguemos a ver tras reflexionar sobre ello. Tampoco necesita no ser polémico. Uno podría tener un entendimiento incompleto del concepto de derecho y por ello no lograr reconocer algunas de sus características necesarias, tal como uno podría saber que la artritis no es una enfermedad de la piel, sin saber que es una enfermedad que necesariamente afecta las articulaciones. También existen áreas de incertidumbre. Hay aspectos en los cuales los conceptos de derecho o de sistema jurídico son indeterminados, y por ello existen afirmaciones conceptuales acerca de ellos respecto de los cuales no hay una verdad alguna. Si estas indeterminaciones generan alguna controversia que necesite ser decidida, solo podemos hacerlo por medio de una estipulación que, mientras que puede ser más o menos útil para nuestros propósitos, no puede juzgarse como verdadera o falsa.

III. Refutando la Tesis de la Separabilidad

Volvámonos hacia la evaluación de la tesis. Ahora que la entendemos, podemos ver que es falsa,

30 Hart, *supra* nota 1, p. 623.

31 Hart, *supra* nota 24, p. 172.

32 Jean-Jacques Rousseau, *The Social Contract*, p. 68 (trad. de Maurice Cranston, Penguin Books 1968) (1762).

pues existen muchas relaciones necesarias entre el derecho y la moral, incluyendo las siguientes:³³

N_α -- Necesariamente, el derecho y la moral contienen ambas normas.

N_β -- Necesariamente, el contenido de toda norma moral podría ser el contenido de una norma jurídica.

N_γ -- Necesariamente, ningún sistema jurídico tiene ninguno de los vicios personales.

¿Es esto solo un ardid sabiondo? ¿Sostiene alguien realmente, contra N_γ , que el derecho podría tener, digamos, el vicio de la infidelidad? Probablemente no literalmente (ningún filósofo anglófono, en todo caso). Algunos filósofos sí creen que es una mala idea, o una contraproducente, que ciertas normas morales se conviertan en el contenido de normas jurídicas; eso no contradice, sin embargo, N_β . Tratar de imponer una obligación jurídica de amar al prójimo como a uno mismo podría no tener sentido, pero no sería la primera vez que el derecho creara obligaciones de manera insensata. Unas pocas personas parecen también negar N_α . Algunos realistas jurídicos escriben como si el derecho fuera un conjunto de predicciones acerca de lo que ocurrirá, más bien que un sistema de prescripciones acerca de lo que debería ocurrir. Está abierto al debate si acaso creen seriamente que el derecho no es más que “profecías acerca de lo que los tribunales de hecho harán”.³⁴ ¿Creen, por ejemplo, que si un tribunal dado es predeciblemente racista, se sigue que *el derecho* exige que los litigantes negros pierdan? En cualquier caso, el punto no es que estas tesis no hayan sido nunca negadas en la historia de la filosofía del derecho, ni que son innegables, sino que son verdaderas.

Quizás estas verdades no son muy impresionantes. Posiblemente Hart captó tenuemente cosas como N_α , N_β , y N_γ pero pensó que debían ser puestas entre paréntesis como excepciones triviales. En su última formulación de la tesis de la separabilidad sí parece dar algún rodeo: Afirma que “no existe ninguna conexión necesaria o conceptual *importante* entre el derecho y la moral”.³⁵ Las consideraciones de importancia son al menos relativas a los intereses, y tiendo a pensar que N_α y N_β son verdades algo importantes acerca del derecho. Más aun, como expliqué más arriba, algunas verdades necesarias adquieren su interés teórico por medio de su relación con verdades contingentes. En efecto, veremos que N_α -junto con algunas otras verdades- lleva a Hart a concluir que hay una relación especial entre el derecho y la justicia.³⁶ La conclusión es muy interesante, si es verdadera. Pero no hay necesidad de debatir el punto, pues existen, en cualquier caso, conexiones necesarias entre el derecho y la moral que nadie consideraría triviales o irrelevantes para la teoría jurídica.

A. Conexiones derivativas

Fuller sostiene que el postulado fundamental del positivismo -“que el derecho debe ser estrictamente separado de la moral”³⁷- vuelve la idea de que el derecho crea obligaciones no solo falsa sino ininteligible: ¿Cómo podría haber “un dato amoral llamado derecho, que tenga la peculiar cualidad de crear un deber moral de obedecerlo”?³⁸ Fuller da aquí por sentada una

33 Cf., e.g., Joseph Raz, “About Morality and the Nature of Law”, 48 *Am. J. Juris.* 1, p. 2 (2003) (donde discute si acaso la conexión entre el derecho y la moral debería ser la prueba decisiva para las teorías del derecho).

34 O.W. Holmes, “The Path of the Law”, 10 *Harv. L. Rev.* 457, p. 461 (1897).

35 Hart, *supra* nota 24, p. 259 (énfasis añadido).

36 Véase *infra* Parte III.A (donde explico el contenido mínimo de Hart y la tesis del germen de justicia).

37 Fuller, *supra* nota 5, p. 656.

38 *Id.*

proposición que otras filosofías del derecho creen que necesita defensa: Asume que *existe* un deber moral de obedecer el derecho como tal.³⁹ Si no lo hay, entonces su afirmación de que el “postulado” vuelve la idea incoherente está fuera de lugar.

Pero Fuller hace otra suposición, más precipitada, y una que podría explicar por qué su desacuerdo toma la forma que toma. Fuller supone que si el derecho *fuera* un “dato amoral”, entonces habría algo peculiar acerca del hecho de que cree obligaciones. ¿Por qué es eso? Tal vez ha asimilado inconscientemente de Hans Kelsen y Hart la tesis humeana de que existe una división fundamental entre hecho y valor y que no podemos derivar un “debe” solo de un “es”. Eso explicaría por qué Fuller considera incoherente suponer que el derecho sea un “dato amoral”. Si la tesis humeana es correcta, entonces, ninguna conclusión sobre nuestras obligaciones morales podría seguirse solo a partir de la naturaleza del derecho, a menos que el derecho mismo tuviese una naturaleza moral. De manera que Fuller concluye que el derecho *sí* tiene una naturaleza moral.

Fuller no se detiene, sin embargo, a considerar dos posibilidades que obstruirían esa inferencia. Podría ser que la tesis humeana sea incorrecta y que, después de todo, se sigan conclusiones morales solo a partir de premisas de hecho. O podría ser que no se sigan conclusiones sobre obligaciones morales solo a partir de proposiciones acerca de la naturaleza del derecho; podrían seguirse de ellas junto con otras proposiciones necesariamente verdaderas acerca de la moralidad y el bienestar humano. Incluso Hume creía que si acaso se ha hecho una promesa es una cuestión de hecho social y, también, que existe una obligación de cumplir las promesas.⁴⁰ Las promesas no tienen ninguna “cualidad peculiar”, pero igualmente son moralmente vinculantes. Esto es porque puede haber conexiones necesarias *derivativas* entre prácticas fácticamente determinadas y conclusiones plenamente morales (sea o no que esas derivaciones requieran la ayuda de otras proposiciones).⁴¹

No deberíamos llevar esta analogía con las promesas demasiado lejos. No se sigue del hecho de que haya buenas razones para considerar las obligaciones auto-impuestas como moralmente obligatorias que las obligaciones impuestas por otros sean vinculantes también. Las conexiones derivativas entre el derecho y la moral podrían no apoyar la obligación de obedecerlo, a pesar de las afirmaciones en sentido contrario de filósofos tan distintos como Platón, Tomás de Aquino, Hobbes, Locke, Hume, y Kant. Pero su línea argumentativa general podría, sin embargo, ser correcta incluso si no llega tan lejos como para establecer un deber general de obediencia. Los sistemas jurídicos hacen determinadas a las normas morales; proveen información y motivación que ayudan a hacer esas normas efectivas; respaldan valiosas formas de cooperación social. Siendo la naturaleza humana lo que es, es abrumadoramente probable que *algún* bien resulte de todo esto, aunque sea solo como una cuestión de necesidad natural.

Hart está conciente de estos argumentos a la vez que sospecha de ellos. Concede que existen al menos “dos razones (o excusas) para hablar de cierto solapamiento entre los estándares jurídicos y los morales como necesario o natural”.⁴² La primera es su tesis del “contenido

39 Para una evaluación de los debates, véase en general Leslie Green, “Law and Obligations”, en *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, pp. 514-47 (Jules Coleman y Scott Shapiro eds., 2002), donde exploro las teorías políticas más importantes y defiendo una versión del anarquismo filosófico.

40 Véase David Hume, *A Treatise of Human Nature*, vol. 2, p. 219 (J.M. Dent & Sons 1966) (1739) (“[Una] promesa no sería inteligible antes de que las convenciones humanas la hubieran sido establecido; y... aunque fuera inteligible, no sería acompañada de obligación moral alguna.” (énfasis omitido)).

41 Véase Raz, *Practical Reason*, *supra* nota 15, p. 165-70 (donde nota que el enfoque derivativo “acepta la necesidad de una identificación socialmente orientada del derecho”).

42 Hart, *supra* nota 1, p. 624.

mínimo”: Los sistemas jurídicos no pueden ser identificados solo por su estructura; el derecho tiene también un contenido necesario.⁴³ Debe contener ciertas reglas que regulen cosas como la violencia, la propiedad, y los acuerdos de una forma que promueva la supervivencia de (al menos algunos de) sus súbditos. La segunda es la tesis de que todo sistema jurídico existente realiza algo de justicia administrativa -o, como él la llama también, “formal”.⁴⁴ Hart sostiene que todo sistema jurídico contiene necesariamente reglas generales, que las reglas generales no pueden existir a menos que sean aplicadas con alguna constancia, y que tal constancia es una especie de justicia: “Aunque las leyes más odiosas pueden ser aplicadas justamente, tenemos, en la sola noción de aplicar una regla jurídica general, el germen al menos de la justicia”.⁴⁵ Hart desarrolla la tesis del contenido mínimo y la tesis del germen de justicia favorablemente y luego se detiene justo antes -en cualquier caso, creo que pretende detenerse justo antes- de concluir que estas tesis prueban que existen conexiones necesarias entre el derecho y la moral. Las razones de su vacilación parecen ser que ninguno de los argumentos establece un deber moral de obedecer el derecho y que cada uno es consistente con la crítica moral más severa de los sistemas jurídicos que las hagan realidad: Tales sistemas jurídicos podrían incluso ser “espantosamente opresivos”, negando a los “esclavos sin derechos” los beneficios mínimos que el derecho necesariamente provee a algunos.⁴⁶

Todo esto es así, pero no prueba la tesis de la separabilidad. A lo más, muestra que los valores que las tesis del contenido mínimo y del germen de justicia necesariamente contribuyen al derecho bien podrían estar acompañados de serias inmoralidades. Aun así, si todo sistema jurídico necesariamente hacer surgir *A* y *B*, entonces necesariamente hacer surgir *A*, incluso si *B* cuenta del lado del demérito.

B. Conexiones no derivativas

Las conexiones derivativas recién discutidas dependen del supuesto de que un sistema jurídico está en efecto entre personas con naturalezas como la nuestra, viviendo en circunstancias como las nuestras. Se encuentran, entonces, entre las conexiones contextualmente necesarias entre el derecho y la moral. Pero hay conexiones necesarias entre el derecho y la moral que son más directas. He aquí cuatro de las más interesantes:

N₁ -- Necesariamente, el derecho regula objetos de la moral.

La moral tiene objetos, y algunos de esos objetos son necesariamente objetos del derecho. Donde

43 *Id.* p. 79-82; Hart, *supra* nota 24, p. 193-200.

44 La segunda tesis es objeto de rigurosas críticas por parte de David Lyons, quien afirma que la justicia formal es “una expresión exagerada de una preocupación, legítima en otras circunstancias, por la justicia en la administración del derecho”. David Lyons, “On Formal Justice”, 58 *Cornell L. Rev.* 833, p. 861 (1973). Véase también John Gardner, “The Virtue of Justice and the Character of Law”, 53 *Current Legal Probs.* 1, pp. 9-10, 12-13 (M.D.A. Freeman ed., 2000) (donde sostiene que la idea de justicia formal es un mito, en cuanto principios de justicia y principios de injusticia no son distintos en forma). Trato de hacer algún sentido de la tesis en Leslie Green, “The Germ of Justice”, pp. 11-13 (mayo de 2005) (manuscrito inédito, en archivo con el *New York University Law Review*).

45 Hart, *supra* nota 24, p. 206. Hart cita la aplicación de una ley que prohíbe el asesinato como ejemplo, explicando que tal ley es “aplicada justamente” si es “aplicada imparcialmente a todos quienes y solo a quienes son similares en haber hecho lo que la ley prohíbe.” *Id.* p. 160. Hart nota también que las reglas de justicia procedimental “están diseñadas para asegurar que las reglas son aplicadas solo a los que son casos genuinos de la regla o al menos para minimizar el riesgo de desigualdades en este sentido.” Hart, *supra* nota 1, p. 624.

46 Hart, *supra* nota 1, p. 624.

sea que haya derecho, hay moral, y regulan la misma materia -y lo hacen por medio de técnicas análogas. Como notó Kelsen, “tal como el derecho natural y el positivo gobiernan la misma materia, y se relacionan, por tanto, con el mismo *objeto* normativo, a saber las relaciones mutuas entre los hombres ... asimismo ambos tienen también en común la forma universal de este gobierno, a saber la *obligación*”.⁴⁷

Esto es más amplio que la tesis del contenido mínimo. Algunos piensan que Hart es demasiado tímido al limitar el contenido necesario del derecho a reglas promotoras de la supervivencia.⁴⁸ En realidad, a menos que “supervivencia” sea entendido de una forma vacuamente amplia, la afirmación de Hart es demasiado audaz: Existen muchos pactos suicidas por estos días. Pero incluso los sistemas jurídicos que impiden la supervivencia individual o colectiva por causa de cosas como el consumo inmoderado, la gloria nacional, o la pureza religiosa comparten sin embargo un contenido común: Regulan cosas que la sociedad (o sus élites) consideran como asunto de moral social en los que hay mucho en juego. Si encontramos un sistema normativo que regule solo asuntos de bajo nivel (como juegos o gestos de urbanidad), entonces no hemos encontrado un sistema jurídico. Está en la naturaleza del derecho el tener un gran alcance normativo, uno que se extienda a las preocupaciones más importantes de la moralidad social o de la sociedad en la cual exista. Exactamente cómo el derecho regula estos asuntos (si acaso exigiéndolos, protegiéndolos, o reprimiéndolos) varía, como lo hace su éxito y el mérito de hacerlo. A diferencia de los argumentos derivativos, entonces, (N₁) no muestra que todo sistema jurídico necesariamente tenga algún mérito moral; muestra que existe una relación necesaria entre el alcance del derecho y el de la moral. Esta es una de las cosas que hacen al derecho tan importante; también explica porqué los debates normativos acerca de la legitimidad del derecho y la autoridad tienen la importancia que tienen.

N₂ -- Necesariamente, el derecho hace exigencias morales a sus súbditos.

El derecho nos dice lo que debemos hacer, no solo lo que sería ventajoso hacer, y nos exige que actuemos en interés de otros individuos o del interés público en general, excepto cuando el derecho mismo permite algo distinto. Todo sistema jurídico contiene normas que imponen obligaciones y reclama autoridad legítima para imponerlas.⁴⁹ Por ejemplo, los jueces hablan como si sus órdenes crearan razones a las que sus súbditos han de adecuarse en primer lugar, no meramente razones a las que haya que adecuarse si resulta que les sigue una condena por desacato, obstrucción, o resistirse al arresto. Los súbditos del derecho han de adecuarse sea o no que vayan en su propio interés hacerlo; las obligaciones jurídicas pretende así ser razones

47 Hans Kelsen, “The Idea of Natural Law”, en *Essays in Legal and Moral Philosophy*, p. 34 (Ota Weinberger ed., trad. de Peter Heath, 1973).

48 Véase, e.g., John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, p. 82 (1980) (“La lista [de Hart] de fines universalmente reconocidos o 'indisputables' contiene solo una entrada: la supervivencia.”) La lista de Finnis incluye al menos: la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la amistad, la razonabilidad práctica, y la religión. *Id.* pp. 85-92.

49 El argumento que sigue está resumido: para el desarrollo, véase Raz, *Authority*, *supra* nota 15, pp. 28-33, 122-45. Véase también Leslie Green, *The Authority of the State*, p. 21-88 (1988) (donde exploro la naturaleza de la autoridad y la “imagen de sí mismo” del estado como autoridad legítima); Joseph Raz, “Hart on Moral Rights and Legal Duties”, 4 *Oxford J. Legal Stud.* 123, pp. 129-31 (1984) (donde sostiene que, si tener un deber implica tener una razón para actuar, entonces los jueces que aceptan la regla de reconocimiento deben aceptar o fingir aceptar que los deberes jurídicos son moralmente vinculantes). Nótese que no sigo a Kelsen, véase *supra* nota 47, pp. 31-33, en su suposición de que todas las leyes imponen obligaciones. Solo presupongo que todos los sistemas jurídicos contienen normas que imponen obligaciones, y que estas pretenden ser moralmente vinculantes sobre sus súbditos.

categorías para actuar. Imponer deberes a otros en este espíritu es tratarlos como moralmente obligados a obedecer -es también reclamar autoridad legítima para gobernar. Nada de esto implica que la pretensión del derecho sea sensata. La conexión necesaria que establece es una muy tenue. Las pretensiones del derecho podrían estar equivocadas o injustificadas; podrían entablarse en un espíritu descreído o cínico. Pero es, sin embargo, la naturaleza del derecho el proyectar una imagen de sí mismo como una autoridad moralmente legítima.

Por esta razón, ni un régimen de “severos imperativos” que simplemente mandonee a la gente,⁵⁰ ni un sistema de precios que estructure los incentivos de las personas mientras les deja libres para actuar como les plazca, serían un sistema de derecho. Es verdad que podemos capturar algo acerca del derecho pensando en él como un mandón o como un incentivador. También puede ser verdad que podemos representar parte del contenido de un sistema jurídico *como si* fueran severos imperativos o meros incentivos. N_2 afirma que estas explicaciones son necesariamente incompletas y no pueden representar la naturaleza del derecho *sin pérdida* -por ejemplo, pérdida de la distinción entre verse obligado y tener una obligación o la distinción entre un castigo y un impuesto sobre la conducta.

Mientras que N_2 afirma que el derecho necesariamente tiene pretensiones morales, no dice nada acerca de su corrección. Me inclino a pensar que algunas de las pretensiones del derecho no están bien fundadas. Supóngase que fuera verdad -¿habría en ello alguna paradoja? ¿Podría ser de la naturaleza de una institución el que necesariamente entable pretensiones que no son válidas o que son típicamente inválidas? Sí puede ser. Asíumase que todas las proposiciones teológicas son falsas. Esto sencillamente no socava en nada el hecho de que es parte de lo que es ser Papa el reclamar sucesión apostólica desde San Pedro. Sin importar si acaso realmente existe una sucesión, un obispo que no monte al menos el espectáculo de reclamarla, y de reclamar su lugar en ella, no es el Papa. La naturaleza del derecho está formada de manera similar por la imagen de sí mismo que adopta y proyecta sobre sus súbditos.

Obviamente hay más que decir aquí, pues N_2 es un ejemplo de una conexión necesaria entre el derecho y la moral que no es ni autoevidente ni falta de polémica. Uno llega a verla (si es que lo hace) por medio de la argumentación y luego de reflexionar -por eso es que hay trabajo para la filosofía. Hart mismo negó N_2 .⁵¹ Esto es de considerable interés, y no solo porque podría hacernos a quienes la aprobamos detenernos por un momento. Hart está dispuesto a ir muy lejos para salvar de N_2 a la tesis de la separabilidad, tan lejos como para coquetear con la teoría del deber como sanción que se esforzó por desacreditar.⁵² Quizás simplemente pensó que los argumentos a favor de N_2 estaban errados y que había otras interpretaciones coherentes del lenguaje moralizado del derecho. Uno sospecha, sin embargo, que también vio que N_2 presenta una amenaza inmediata a la tesis de la separabilidad, una tesis hacia la que él tenía gran lealtad.

N_3 -- *Necesariamente, el derecho es apto para la justicia.*

50 Pero véase Matthew H. Kramer, *In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, pp. 84-89 (1999) (“Las exigencias de las normas jurídicas pueden ser severos imperativos que en sí mismos... no constituyan tales razones para actuar.”).

51 H.L.A. Hart, “Legal Duty and Obligation”, en *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, pp. 127, 157-60 (1982) [en lo que sigue Hart, “Legal Duty and Obligation”]; cf. H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 10 (1983) (“No me parece realista suponer que los jueces... deben siempre creer o fingir creer en la falsa teoría según la cual siempre existe una obligación moral de conformarse al derecho.”).

52 Véase Hart, “Legal Duty and Obligation”, *supra* nota 51, p. 160 (“Afirmar que un individuo tiene una obligación jurídica de actuar de cierta forma es afirmar que tal acción pueden exigirsele u obtenerse de él de acuerdo a reglas jurídicas o principios que regulan tales exigencias de acción.”).

En vista de la función del derecho en la creación y exigibilidad de las obligaciones, necesariamente tiene sentido preguntar si acaso el derecho es justo y, donde sea hallado deficiente, exigir que sea reformado. Esto se aplica tanto a la sustancia del derecho como lo hace a su administración y procedimientos. El derecho es el tipo de cosa que es *apto* para ser inspeccionado y evaluado a la luz de la justicia; podríamos decir, entonces, que es *apto para la justicia*. Esto no implica que cada *ley* individual sea *apta* para la justicia. Las consideraciones de justicia se aplican directamente solo a aquellas leyes que apuntan a asegurar o mantener una distribución de cargas y beneficios entre las personas. Pero incluso aquellas leyes que tiene algún otro objetivo pueden hacer surgir disputas, respecto de todas las cuales el derecho reclama autoridad para decidir en sus tribunales, por jueces que están orientados hacia la pregunta sobre quién merece los beneficios de ganar y quién la carga de perder.⁵³

El hecho de que exista esta conexión necesaria entre el derecho y una sección particular de la moral es bastante significativo. No todas las prácticas humanas son aptas para la justicia. Considérese la música. No tiene sentido preguntar si acaso una cierta fuga es justa, o exigir que se vuelva tal. Los estándares musicales de excelencia fugal son preeminentemente internos. Una fuga excelente debería ser melódica, interesante, e ingeniosa -pero no esperamos que una fuga deba responder ante la justicia. Con el derecho, las cosas son distintas.

Una de las grandes contribuciones de Fuller a la filosofía jurídica fue ofrecer el primer análisis prácticamente completo de las excelencias internas del derecho o de las virtudes que son inherentes a su carácter de derecho: su moral “interior” o “interna” -una moral, afirmó, que hace al derecho posible.⁵⁴ Que existan tales excelencias no está expuesto a la duda; la dificultad está en explicar correctamente la relación de ellas con las condiciones de existencia de los sistemas jurídicos y en mantener su valor en la perspectiva adecuada. La tesis N_3 afirma que estas excelencias no pueden nunca excluir o desplazar la evaluación del derecho sobre la base de criterios independientes como la justicia. Una fuga puede ser lo mejor posible cuando tiene todas las virtudes de la fugalidad; el derecho *no* es necesariamente lo mejor posible cuando sobresale en legalidad. Realzar la legalidad puede traer un costo para otros valores: Las leyes generales pueden hacer injusticia en casos particulares, las leyes precisas pueden ser inútiles como guías para la acción, y las leyes prospectivas pueden dejar los perjuicios pasados sin remedio. Cuando un sistema jurídico instancia máximamente la moral interior del derecho, tenemos el derecho *lo más jurídico posible* pero no necesariamente el derecho en su mejor forma.

Mientras que N_2 y N_3 son importantes, debemos tener cuidado de no exagerar lo que implican. Creo que Tony Honoré exagera la cuestión cuando afirma que el derecho, al entablar pretensiones morales, es siempre vulnerable a que esas pretensiones sean desafiadas en un caso dado.⁵⁵ Si esto fuera verdad, la moral ideal sería necesariamente una *fuentes* de derecho, aunque solo una persuasiva. Ya que el derecho es *apto* para la justicia, los principios de justicia estarán entre tales fuentes persuasivas, sin importar si acaso alguna consideración basada en fuentes ordena a los jueces que los aplique.

¿Qué es exactamente una fuente de derecho persuasiva? El hecho de que sea persuasiva significa presumiblemente que no es concluyente en su aplicación. Esto no es inusual, pues las leyes, las sentencias, y la costumbre a menudo no son concluyentes tampoco. Pero todas estas

53 Véase Gardner, *supra* nota 44, p. 2; Green, *supra* nota 44, p. 29 (donde explico el papel asignador de la adjudicación).

54 Fuller, *supra* nota 5, pp. 644-48.

55 Tony Honoré, “The Necessary Connection Between Law and Morality”, 22 *Oxford J. Legal Stud.* 489, p. 491 (2002).

tienen una característica adicional: El hecho de que sus exigencias fueran, tras una evaluación, moralmente incorrectas no absuelve a los tribunales de su deber jurídico de aplicarlas (aunque algunos tribunales podrían tener el poder de ponerlas a un lado cuando el mal es de cierto tipo o grado). Es una característica de las consideraciones morales mencionadas en *N₃*, sin embargo, el que han de seguirse solo en la medida que sean *correctas*. La justicia no exige o permite a un tribunal cometer injusticia. Esto muestra que es un error asimilar la operación de la justicia a algún tipo de “fuente”, persuasiva o de otro tipo.⁵⁶ La moral no se basa en fuentes ni es ella una fuente; está presente por su propia fuerza en la adjudicación a menos que sea expulsada por alguna consideración basada en fuentes.

Es por tanto incorrecto afirmar que son las pretensiones morales del derecho las que abren la puerta a la moral en la adjudicación. No es la pretensión de justicia la que hace que algunas normas jurídicas (y todas las decisiones judiciales) hayan de responder ante la justicia -es el hecho de que son, por su naturaleza, aptas para la justicia. Una institución asignadora que no entable pretensiones morales en absoluto (como un sistema de precios) no está menos expuesta a la evaluación fundada en la moral, incluyendo razones de justicia. La moral es relevante para la adjudicación porque el derecho involucra cuestiones morales sustantivas y porque las decisiones distributivas de los jueces pueden hacer que estas cuestiones vayan mejor o peor -no porque la moral sea una fuente de derecho persuasiva.

N₄ -- Necesariamente, el derecho es moralmente riesgoso.

Es un hecho curioso que casi todas las teorías que insisten en el carácter esencialmente moral del derecho consideran que el carácter moral del derecho es esencialmente *bueno*. El corazón de la filosofía de Fuller es que el derecho es esencialmente una empresa moral, hecha posible solo por una fuerte adherencia a su moralidad interior.⁵⁷ La idea de que el derecho podría tener una *inmoralidad* interior nunca se le ocurrió.⁵⁸ Se le ha ocurrido a otros, incluyendo a Grant Gilmore, cuyo brillante epigrama es citado a menudo: “En el Cielo no habrá derecho, y león se recostará con el cordero... En el Infierno no habrá nada más que derecho, y el debido proceso será respetado meticulosamente”.⁵⁹

Todo el mundo sabe que el derecho puede ser infernal, pero algunos creen que, en lo esencial, la legalidad resplandece con una luz celestial. Así, E.P. Thompson escandalizó a sus compañeros marxistas cuando escribió: “Debemos exponer los engaños e inequidades que puedan estar escondidos bajo este derecho. Pero el mismo gobierno de la ley, la imposición de restricciones efectivas al poder y la defensa de los ciudadanos frente a las pretensiones totalmente intrusivas del poder, me parece que es un bien humano sin calificaciones”⁶⁰. El gobierno de la ley es ciertamente un bien humano, y Thompson estaba en lo correcto al oponerse al tosco

56 Este punto no es exclusivo de las consideraciones morales. Algo que vincula a un tribunal solo hasta el punto en que lo persuade no es una fuente porque carece de autoridad. Existen, sin embargo, fuentes permisivas de derecho que tienen una forma muy débil de autoridad y se aplican solo en circunstancias limitadas. En Escocia, por ejemplo, los autores institucionales [*institutional writers*] fueron tradicionalmente una fuente de derecho permisiva: La práctica consuetudinaria de los tribunales les dio a sus opiniones peso independiente de sus méritos. En algunas jurisdicciones, el derecho extranjero funciona como una fuente de derecho permisiva. No puedo explorar las características especiales de las fuentes de derecho permisivas aquí. Para algunas breves observaciones sobre el asunto, véase Hart, *supra* nota 24, p. 294 n. 101.

57 Véase *supra* nota 54 y el texto que la acompaña (donde se describe el análisis de Fuller de la moral “interna” del derecho).

58 Fußer observa esta posibilidad, aunque la asocia con el anarquismo. Fußer, *supra* nota 18, p. 122.

59 Grant Gilmore, *The Ages of American Law*, pp. 110-11 (1977).

60 E.P. Thompson, *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act*, p. 266 (1975).

reduccionismo que sugiere lo contrario. Pero, ¿sin calificación? ¿Es el gobierno de la ley realmente puro beneficio y ninguna pérdida?

A veces se sospecha que Hart compartía ese tipo de entusiasmo. Después de todo, efectivamente afirma que a medida que las sociedades se vuelven más grandes, más móviles, y más diversas, la vida bajo un orden social basado en la costumbre está sujeta a volverse incierta, conservadora, e ineficiente.⁶¹ Podemos pensar, por tanto, en el derecho como un *remedio* para aquellos “defectos”.⁶² ¿No muestra eso que también Hart supone que el derecho es todo para bien? Stephen Guest piensa que lo hace:

[Hart] revistió abiertamente a su conjunto central de elementos constituyentes del derecho con términos con características que muestran la superioridad moral de una sociedad que ha adoptado un conjunto de reglas que permiten el progreso (las reglas que confieren potestades públicas y privadas), el manejo eficiente de las disputas (reglas que confieren potestades de adjudicación) y reglas que crean la posibilidad de criterios públicamente determinables -ciertos- de lo que ha de contar como derecho.⁶³

Hay dos errores aquí, y son suficientemente comunes como para que valga la pena corregirlos. Primero, el hecho de que el derecho necesariamente traiga beneficios no muestra la superioridad moral de la sociedad a la cual el derecho pertenece. Tal sociedad podría ser inferior a una que da la espalda al derecho y opta en cambio por las condiciones sociales que hacen posible el gobierno por medio de solo reglas consuetudinarias. Considérese una analogía: Uno puede sostener que los automóviles con consumo ineficiente de combustible tienen un defecto sin pensar que una sociedad en la que se manejan automóviles es moralmente superior a una sociedad libre de automóviles. Todo lo que estamos comprometidos a afirmar es que, *si* hemos de manejar automóviles, es mejor que sean eficientes. Del mismo modo, *si* hemos de tener sociedades grandes, móviles, y anónimas, es en algún respecto mejor que tengamos las formas de orientación que el derecho pone a disposición. Si acaso aquellas son sociedades moralmente superiores es un pregunta enteramente distinta.

El segundo error es el anverso de uno que encontramos al explorar las conexiones derivativas entre el derecho y la moral. Ahí estábamos interesados en los beneficios que son resultados necesarios de un derecho efectivo. Cuando entramos al mundo de la legalidad, sin embargo, esto no viene sin costos: “Los beneficios son los de adaptabilidad al cambio, certeza, y eficiencia, y... el costo es el riesgo de que el poder centralmente organizado bien puede ser usado para la opresión de muchos, de cuyo apoyo puede prescindir, de una manera en que el régimen más simple de reglas primarias no podía.”⁶⁴ Es relevante que el riesgo es uno que no puede existir sin el derecho y uno que existe cuando sea y donde sea que haya derecho:

En la estructura más simple [de un régimen consuetudinario], ya que no hay funcionarios, las reglas tienen que ser ampliamente aceptadas como estableciendo estándares críticos para el comportamiento del grupo. Si, allí, el punto de vista interno no está ampliamente difundido no podría lógicamente haber regla alguna. Pero donde existe una unión de reglas primarias y secundarias, que es, como hemos argumentado, la forma más fructífera de considerar un sistema jurídico, la aceptación de las reglas como estándares comunes para el grupo puede estar separada de los asuntos relativamente tranquilos del individuo ordinario que se somete a las reglas obedeciéndolas por sí solo.⁶⁵

Cuán lejos la aceptación de estándares comunes llega a separarse es una cuestión contingente;

61 Hart, *supra* nota 24, pp. 91-97.

62 Véase *id.* p. 94 (donde describe la introducción de remedios para estos defectos como “un paso del mundo prejurídico al mundo jurídico”).

63 Stephen Guest, “Two Strands in Hart's Theory of Law”, en *Positivism Today* 29, p. 30 (Stephen Guest ed., 1996).

64 Hart, *supra* nota 24, p. 202.

65 *Id.* p. 117. Para una importante discusión de este pasaje, del cual sacamos lecciones algo distintas, véase Jeremy Waldron, “All We Like Sheep”, 12 *Canadian J.L. & Jurisprudence* 169, p. 186 (1999).

solamente en casos realmente patológicos se encuentra limitada solo a la clase de los funcionarios. Pero donde exista “una unión de reglas primarias y secundarias” -esto es, *donde sea que haya derecho*- emergen de manera necesaria nuevos riesgos morales. No solo hay formas más eficientes de opresión, también hay nuevos vicios: la alienación entre comunidad y valor, la pérdida de transparencia, el levantamiento de una nueva jerarquía, y la posibilidad de que algunos de los que deberían resistir la injusticia sean sobornados por los bienes que (necesariamente, en algunos casos) el derecho trae. Si bien el derecho necesariamente tiene virtudes, también arriesga necesariamente tener ciertos vicios, y esto marca una conexión entre el derecho y la moral de un tipo inverso. Existen riesgos morales que los súbditos del derecho tienen la garantía de que correrán, y son riesgos contra los cuales el derecho mismo no provee profiláctico alguno.

IV. Falible por naturaleza

De manera que la tesis de la separabilidad es falsa, como lo muestran tesis (posiblemente) triviales como N_α a N_γ y tesis manifiestamente no triviales como N_1 a N_4 . Pero ahora tenemos un dilema: ¿Cómo puede Hart aprobar N_4 y la tesis de la separabilidad, con la cual N_4 es inconsistente? Como hemos visto, cuando tiene que elegir entre la tesis de la separabilidad y N_2 , se queda con su tesis, incluso al costo de su anterior teoría de las obligaciones. Con respecto a N_4 , por otro lado, siente que no hay necesidad de elegir; ni siquiera es claro que note tensión alguna. ¿Por qué podría ser eso?

Quizás Hart, después de todo, no afirmó en serio lo que dijo acerca de la ausencia de cualesquiera conexiones necesarias entre el derecho y la moral. Tal vez su compromiso real era con la tesis de las fuentes, la cual es compatible con cada una de las conexiones necesarias entre el derecho y la moral que han sido identificadas en este artículo. ¿No se escuchan ecos de la tesis de las fuentes cuando bosqueja el tipo de positivismo de Bentham?

La más fundamental de estas ideas es que el derecho, bueno o malo, es un artefacto de hechura humana el cual los hombres crean y añaden al mundo por medio del ejercicio de su voluntad: no algo que descubren por medio del ejercicio de la razón ya estar en el mundo. Efectivamente, existen buenas razones para tener leyes, pero una razón a favor de una ley, incluso una buena razón, no es una ley, no más... de lo que “el hambre es pan”.⁶⁶

Si Hart estuviera expresando su propia opinión aquí, hablaría menos de “voluntad” y más de las variadas formas por medio de las cuales el artefacto del derecho es hecho. Con esa enmienda, este pasaje se acerca tanto a la tesis de las fuentes como Hart llega a hacerlo. Persiste el hecho, sin embargo, de que cuando expresamente considera la tesis de las fuentes, la rechaza a favor de lo que llama positivismo “blando”, el cual da cabida a leyes que no sean hechas por nadie, siempre que se sigan de o sean presupuestas por leyes que sí lo sean.⁶⁷ La razón de Hart para rechazar la tesis de las fuentes es que algunas constituciones contienen disposiciones que garantizan cosas como la “igualdad ante y bajo la ley” y la “dignidad humana”. Sobre esa base, mantiene que la existencia del derecho puede depender de sus méritos, siempre que el hecho de que depende de sus méritos dependa solo de hechos sociales.

Ese es un argumento pobre. Primero, lo que Hart considera como evidencia a favor de la dependencia del derecho respecto del mérito parece universal entre los sistemas jurídicos: Incluso

66 H.L.A. Hart, “1776-1976: Law in the Perspective of Philosophy”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, *supra* nota 51, pp. 145, 146-47.

67 Hart, *supra* nota 24, pp. 250-54.

donde no existe ninguna referencia constitucional expresa a principios morales, las nociones de imparcialidad y razonabilidad invaden la adjudicación cotidiana. La disputa no es sobre estos hechos sino sobre su explicación. Segundo, debido a su disposición a dar cabida a necesidades contextuales, Hart está abierto a la acusación de que los hechos sociales que supuestamente hacen a la moral un criterio de lo que es derecho se dan como una cuestión de necesidad natural -si no en las constituciones, entonces en las consideraciones morales ordinarias que encontramos en la adjudicación. Según sus propios estándares, necesita mostrar no solo que es concebible que pudiera haber un sistema jurídico en el cual la moral no fuera un criterio de lo que es derecho; debe mostrar además que esto es humanamente posible en vista de la estructura necesaria y el contenido del derecho. Hart nunca siquiera intenta esto.

Quizás Hart no debería haber rechazado la tesis de las fuentes. Pero persiste el hecho de que lo hizo, y estamos atascados con el problema de N_4 . Existe una explicación más sencilla, sin embargo. Hart no está preocupado de si acaso el derecho resultara tener defectos morales necesarios; está preocupado por los malentendidos y la valoración excesiva de los méritos morales del derecho. Hart no ve mucho peligro de que sus interlocutores infravaloren el derecho y las virtudes de la legalidad. Piensa, en cambio, que las defensas habituales de una conexión necesaria entre el derecho y la moral tienden a *sobrevalorarlas*.

La definición de positivismo más breve de Hart es esta: “[N]o es en ningún sentido una verdad necesaria que las leyes reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho a menudo lo han hecho”.⁶⁸ Esta definición es mucho más reducida que la tesis de la separabilidad; es más reducida incluso que la tesis social (la cual no dice nada acerca de “reproducir” exigencias morales). Todas las tesis de N_1 a N_4 son compatibles con ella. Incluso si el derecho tiene que tratar de lograr objetivos morales, tiene que lograrlos mínimamente, tiene que contener el germen de la justicia, o tiene que ser apto para la justicia, cada uno de estas es “compatible con una enorme iniquidad”.⁶⁹ Lo que esta definición quiere que comprendamos no es alguna ambiciosa tesis acerca de las conexiones entre el derecho y la moral, y ni siquiera es una tesis acerca de la naturaleza de la validez jurídica. Su sentido es que no existe garantía alguna de que el derecho habrá de satisfacer aquellos estándares morales por medio de los cuales el derecho debería ser juzgado. El derecho, nos dice la definición, es moralmente falible.⁷⁰

La tesis de la falibilidad es correcta e importante. Sin embargo, el positivismo no tiene patente sobre ella. La falibilidad moral es una característica del derecho de la cual toda teoría competente debe dar cuenta.⁷¹ Aun así, sería un error suponer que cuando sea que dos teorías afirmen una proposición P , se sigue que no hay diferencia entre ellas. Eso depende de los

68 *Id.* pp. 185-86.

69 *Id.* p. 207.

70 Véase *id.* p. 185 (donde rechaza la opinión de que el derecho necesariamente satisface criterios morales o de justicia); David Lyons, *Ethics and the Rule of Law*, p. 63 (1984) (donde cita la opinión positivista de que “el derecho no es necesariamente bueno, correcto, y justo”). Nótese que esta no es la tesis más débil “de la falibilidad” de Fußer, de acuerdo a la cual “bajo ciertas circunstancias contrafácticas el derecho no sería moralmente valioso.” Fußer, *supra* nota 18, p. 128. Es, en cambio, la afirmación de que bajo las condiciones existentes, no hay garantía de que el derecho satisfaga los estándares morales por referencia a los cuales es debidamente evaluado.

71 Lyons la llama un “principio regulador”, con lo cual quiere decir que impone una carga justificativa presuntiva sobre quienes la niegan. Lyons, *supra* nota 70, p. 67 (“La doctrina según la cual el derecho es moralmente falible no es un descubrimiento de la teoría del derecho sino un principio regulador... . Cualquier teoría que implique que el derecho es inherentemente bueno, correcto, y justo soportará una pesada carga de implausibilidad.”). Mi afirmación es más fuerte: Ninguna teoría de derecho aceptable puede negarla; explicar la falibilidad moral del derecho es una condición de adecuación de cualquier teoría del derecho.

fundamentos para afirmar *P* y del lugar de *P* en la red proposiciones explicativas al interior de cada teoría. Para Fuller, la falibilidad del derecho es -adaptando una de sus metáforas favoritas- algo *externo* al derecho, un resultado de la falla por parte de alguien en la aplicación de los medios adecuados al derecho o en la persecución de los bienes con los cuales esos medios cohesionan de manera confiable.

Hart va más allá. La perversión del derecho hacia fines seriamente incorrectos, afirma, es algo compatible con la *plena* realización de la moral interior del derecho; la legalidad es “compatible con una enorme iniquidad”.⁷² Fuller no está convencido de esto, aunque está bien consciente de que no tiene argumentos en contra: “Tendré que detenerme en la afirmación de una creencia que puede parecer ingenua, a saber, que la coherencia y la bondad tienen más afinidad que la coherencia y el mal”.⁷³ Pero existe una diferencia aun más profunda entre los dos respecto de la influencia de la naturaleza del derecho en su falibilidad. Mientras que Fuller piensa que los vicios del derecho típicamente son resultado de escasa legalidad, Hart mantiene que también pueden ser resultado del exceso de ella -por ejemplo, cuando reglas inmorales son aplicadas con toda la “pedante imparcialidad” del gobierno de la ley.⁷⁴ Lo que es más, la naturaleza del derecho como sistema institucionalizado de normas lo hace endémicamente propenso a alienarse de súbditos -esa es la lección de *N₄*. Para Hart, la falibilidad del derecho está *internamente* conectada con la naturaleza del derecho y no es meramente un resultado de algún tipo de contaminación externa.

Esto recuerda un tema presente en la teoría constitucional de Aristóteles según es presentada en el Libro 3 de la *Política*.⁷⁵ Él identifica los modos de degeneración connaturales a formas específicas de gobierno. La forma virtuosa de gobierno conocida como monarquía tiene una versión en sombra en la tiranía; cuando las monarquías degeneran, se vuelven tiranías, que son monarquías descarriadas. Aristóteles no era tan pesimista como para pensar que tal degeneración era necesaria -eso depende del carácter del rey, sus súbditos, el contexto político y económico, etc. Pero cuando una monarquía se descarria, lo hace de maneras determinadas por su naturaleza. Un poco como isótopos inestables, las instituciones políticas tienen patrones estándares de desintegración que se explican por la naturaleza de la cosa que se desintegra. Por eso es que la forma degenerada de la monarquía es tiranía antes que oligarquía o democracia.

¿Cómo se aplicaría aquí la analogía? *Monarquía* es a *tiranía* como *legalidad* es a -¿qué? Ya hemos encontrado el vicio en nuestra discusión de *N₄*; ahora solo necesitamos darle nombre. El vicio interno al derecho es, previsiblemente, el *legalismo*.⁷⁶ Tiene dos dimensiones principales: la valoración excesiva de la legalidad a costa de otras virtudes que un sistema político debería tener (incluyendo otras virtudes que el derecho debería tener) y la alienación del derecho respecto de la vida. Desde luego, esto no es novedad. Que las virtudes de la legalidad pueden degenerar en los vicios del legalismo es algo que podríamos haber aprendido de Marx o Weber, de Tocqueville o Dickens. Lo que es original, quizás, es la identificación por parte de Hart de la contribución específica que la naturaleza del derecho hace a todo esto. El derecho es un asunto de reglas sociales, y el gobierno de las reglas generalmente tiene ventajas y desventajas. Incluso la mejor de las reglas estará en lo correcto solo en la generalidad de los casos. El derecho es también un asunto de reglas institucionalizadas, y añade no solo beneficios sino costos a la mezcla. Sin

⁷² Hart, *supra* nota 24, p. 207.

⁷³ Fuller, *supra* nota 5, p. 636.

⁷⁴ Hart, *supra* nota 1, p. 624.

⁷⁵ Aristóteles, *Politics*, pp. 113-16 (Trad. de Ernest Barker, Oxford Univ. Press 1962).

⁷⁶ Para un estudio clásico, con un énfasis algo diferente del mío, véase en general Judith N. Shklar, *Legalism* (1964).

derecho, el orden social requiere considerable compromiso de parte de la población general: Las personas son reguladas por normas que son más o menos aceptadas. Sería ir demasiado lejos sugerir que las normas ampliamente aceptadas son siempre moralmente aceptables, pero algunos tipos de injusticia son menos estables en esas circunstancias. Con el surgimiento del derecho, sin embargo, las personas son reguladas también por normas que cumplen los criterios de validez de los funcionarios y son hechas valer por agencias especializadas. La división del trabajo puede alienar a las personas respecto de las normas más importantes que gobiernan sus vidas -reglas que amenazan con volverse distantes, técnicas, y arcanas. Esa es una razón más por la cual el gobierno de la ley no es un bien humano sin calificación: Está en la naturaleza del derecho presentar tales riesgos, y el gobierno de la ley no puede eliminarlos. El gobierno de la ley somete la creación y la aplicación del derecho a más *derecho*.

Subyacente a la equivocada tesis de la separabilidad de Hart yace la correcta tesis de la falibilidad. Quizás esto no es sorprendente, pues es un punto de acuerdo entre los filósofos del derecho. Pero su giro distintivo a la tesis es que algunos de los fracasos del derecho están conectados necesariamente a la naturaleza del derecho. Fuller está interesado en la moralidad que hace posible al derecho; Hart está interesado también en la *inmoralidad* que el *derecho* hace posible.

En tiempos en que el gobierno de la ley está nuevamente bajo amenaza por la ilegalidad oficial y la indiferencia popular, es natural ser especialmente receptivo a las preocupaciones de Fuller. Y somos sabios al estar alerta; el poder sin ley es una cosa terrible. Al mismo tiempo, sin embargo, este pensamiento hace que algunos deseen una penetración más perfecta y completa de la legalidad en la vida política. Hart nos recuerda que tengamos cuidado con lo que deseamos.