

CAUSAS PERDIDAS
Ensayos de filosofía jurídica, política y moral

M. E. Orellana Benado
Editor

Positivismo normativo (o ético)*

Jeremy Waldron

I

En años recientes, los filósofos del derecho han estado crecientemente atentos a la posibilidad de reformular el positivismo jurídico como una tesis *normativa* sobre el derecho. Por lo común se considera que el positivismo jurídico consiste en una tesis conceptual, a saber, que no hay una conexión necesaria entre el derecho y la moralidad o, más precisamente, que no hay una conexión necesaria entre los fundamentos del juicio jurídico y los fundamentos del juicio moral.¹ (En ocasiones esto se llama ‘tesis de la separabilidad’.) Lo que quiero someter a consideración en el presente ensayo es la tesis según la cual esta separabilidad del derecho respecto de la moralidad —o esta separabilidad del juicio jurídico respecto del juicio moral— es algo bueno, quizás algo indispensable (desde un punto de vista moral, social o político) y, ciertamente, algo a ser valorado y alentado.

El título de este ensayo indica que me gustaría llamar a esta posición ‘positivismo normativo’, pero también indica que hay razones para llamarlo ‘positivismo ético’. El primer adjetivo debería capturar la idea de que el positivismo jurídico se presenta aquí como una tesis normativa antes que descriptiva o conceptual.² Desafortunadamente, este adjetivo ha sido utilizado para describir una tesis diferente, a saber, la versión del positivismo jurídico que identifica el derecho con normas (por oposición a hechos brutos sobre poder, órdenes y sanciones).^{**} En esta versión, las teorías de H.L.A. Hart y Hans Kelsen califican como versiones de positivismo normativo incluso si no son en sí mismas posiciones normativas.³ Por esta razón, Tom Campbell rechaza la etiqueta ‘positivismo normativo’ a favor de ‘positivismo ético’.⁴ El adjetivo ‘ético’ me parece insatisfactorio porque connota estándares normativos para el comportamiento personal, por oposición a estándares normativos para evaluar instituciones. (Aunque Campbell no lo ve de este modo).⁵ En este ensayo usaré por lo general la etiqueta

* Publicado originalmente en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law* (New York: Oxford University Press, 2001), pp. 411-433. Traducción al castellano por Pablo Solari G., revisada por Ernesto Riffo.

¹ Ver también las otras versiones del positivismo jurídico en el final de este artículo planteadas como ‘Menu A’.

² Esto conecta también con una sección del libro de Gerald A. Postema *Bentham and the Common Law Tradition* (Oxford: Clarendon Press, 1986) titulada “Normative Dimensions of Jurisprudence”, que es una de las presentaciones más importantes de la posición que quiero considerar en este artículo.

* En castellano se suele llamar a esta posición ‘normativista’ en vez de ‘normativa’ [N. del T.].

³ Ver D. Beyleveld y B. Brownsword, “Normative Positivism: The Mirage of the Middle Way”, *Oxford Journal of Legal Studies* 9 (1989), 462. Ver también R. Tur “Paternalism and the Criminal Law”, *Journal of Applied Philosophy* 2 (1985), 173. En el post scriptum a la segunda edición de *El Concepto de Derecho*, H.L.A. Hart usa ‘normativo’ en este sentido para caracterizar lo que llama una elucidación puramente explicativa y clarificadora del derecho como una institución social y política compleja (*El Concepto de Derecho*, 2ª ed, J. Raz y P. Bullock (Oxford: Clarendon Press, 1994)). [Hay traducción al castellano: *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968 (2ª e.d.). Se trata, sin embargo, de una traducción de la primera edición en inglés y no contiene el post scriptum que Hart escribe para la segunda edición inglesa de 1994, y que motiva el volumen colectivo en que figura el presente artículo. Pero hay traducción de este post scriptum en *Estudios Públicos* N° 65 (1997)].

⁴ *The Legal Theory of Ethical Positivism* (Aldershot: Dartmouth, 1996), p. 79.

⁵ Campbell dice (*ibid.* p. 3): “Se prefiere el término ‘ético’ a ‘moral’ porque connota mejor un sistema de razones

‘positivismo normativo’, a pesar de la posible confusión con la posición que Beyleveld y Brownsword consideran estar atacando.⁶ Desde ahora el lector está sobre aviso de que, cuando uso la expresión ‘positivismo normativo’, pretendo transmitir algo más que la idea de que el derecho es un sistema de normas; pretendo referirme a la defensa del positivismo jurídico *como una tesis normativa* (sea o no normativa en el sentido de Beyleveld y Brownsword).

En la filosofía del derecho moderna, los defensores más conocidos de la idea de que el positivismo debería entenderse como una posición normativa son Gerald Postema, Tom Campbell, Neil MacCormick, Stephen Perry y, quizás, Joseph Raz.⁷ Pero es evidente, especialmente tomando el trabajo de Postema, que esta caracterización no ha de plantearse como una nueva reformulación del positivismo jurídico. Postema sostiene que el ‘positivismo normativo’ (como lo llamo aquí) es fiel a la tradición positivista temprana de Thomas Hobbes y Jeremy Bentham. Estos juristas concedieron enorme importancia en su filosofía a los males que se espera que aflijan a sociedades cuyos miembros fueran incapaces de distinguir entre sus juicios sobre lo demandado o permitido por la ley y sus juicios individuales sobre justicia y moralidad. En sus respectivas versiones de la tesis de la separación, Hobbes y Bentham no mostraron interés particular por el análisis de diferencias puramente conceptuales entre el derecho y la moralidad. Estaban interesados más bien en las condiciones necesarias para la coordinación, para la resolución de conflictos y para la estabilidad general de las expectativas en la interacción entre las personas. Eran estos intereses normativos los que dieron forma y moldearon sus respectivas teorías positivistas sobre la naturaleza y la función del derecho.

II

Jules Coleman ha dicho lo siguiente contra la posibilidad de entender el positivismo

morales de segundo orden que pesan en el diseño de prácticas institucionalizadas y en el modo en que los comisionados con roles institucionales se conducen a sí mismos. Algo arbitrariamente, asumo que el término ‘ético’ nos remite a la valoración de patrones y roles institucionales complejos que tendrán que considerarse en buena medida como medios para un rango de objetivos humanos moralmente significativos, en contraste con la ‘moralidad’ de las interacciones sociales más directas uno a uno. El término ‘positivismo ético’ indica que el derecho ha de ser valorado como una forma institucionalizada de hacer cosas que sirven propósitos sociales importantes. Más aún, es parte de la teoría que el cumplimiento efectivo de estos propósitos exige una conducta ética por parte de quienes participan en varios roles, como jueces, abogados, como policías y como ciudadanos: un asunto de moralidad del rol antes que de moralidad personal”.

⁶ Ver nota 3.

⁷ Campbell, *Legal Theory*; Postema, *Bentham*; y Neil MacCormick, “A Moralistic Case for a-moralistic Law” *Valparaiso Law Review* 20 (1985), 1. Para el caso de Perry, ver las notas 26 y 38 más abajo. Más adelante consideraré hasta qué punto el positivismo jurídico de Joseph Raz también cae en esta categoría. Permítaseme anticiparme brevemente. En las páginas 217-18 de un artículo titulado “The Problem about the Nature of Law”, *University of Western Ontario Law Review* 21 (1983), Raz observa que “la doctrina [positivista] sobre la naturaleza del derecho proporciona un test para identificar el derecho cuyo uso no requiere recurso alguno a argumentos morales o de cualquier otra índole valorativa. Pero de ahí no se sigue que uno pueda defender la doctrina misma sobre la naturaleza del derecho sin usar argumentos... evaluativos” (Esto está citado en Postema, *Bentham*, p. 332 nota). Esto ciertamente suena como una versión de lo que estoy llamando positivismo normativo. Considere también el comentario de Raz en las páginas 267-8 de “Two Views of the Nature of the Theory of Law: a Partial Comparison” en *Legal Theory* 4 (1998), donde dice que Hart está equivocado al pensar que identificar criterios para determinar el uso correcto de conceptos es un asunto puramente descriptivo: “Por razones explicadas ya por John Finnis y otros, creo que Hart está equivocado en este punto y que Dworkin está en lo correcto al sostener que la explicación de la naturaleza del derecho implica consideraciones evaluativas” (ver también notas 11, 45, 48 y 66 más abajo, con los textos respectivos. En especial, la nota 66 registra las dudas que me caben sobre esta adscripción).

jurídico como una tesis normativa:

El positivismo jurídico hace una afirmación conceptual o analítica sobre el derecho, y esta afirmación no debería confundirse con intereses normativos o programáticos que ciertos positivistas, especialmente Bentham, hayan podido tener.⁸

El punto de Coleman merece una consideración seria, pues implica afirmar que el ‘positivismo normativo’ pone la carreta delante de los bueyes. Coleman no niega que positivistas tempranos como Hobbes y Bentham hayan podido tener los intereses prácticos y que hayan podido hacer las afirmaciones normativas a que aludí en la sección anterior. Pero pienso que Coleman está diciendo que lo mejor que se puede decir a favor de aquellas posiciones normativas es que ellas ya dependen de la verdad del positivismo jurídico como tesis conceptual. Porque si el positivismo jurídico –en cuanto que tesis de la separabilidad– es falso en términos conceptuales, entonces el positivismo normativo es fatuo: valora o recomienda un estado de cosas que no puede darse. Si el juicio jurídico necesariamente implica un juicio moral, entonces las esperanzas de Hobbes y Bentham y de los intérpretes posteriores quedan desahuciadas: el conflicto no puede reducirse, ni la coordinación facilitada, ni las expectativas estabilizadas, si lo que todo ello supone es una separación plena entre el derecho y la moralidad. Si, por otra parte, una versión robusta del positivismo jurídico en cuanto que tesis conceptual es verdadera, entonces el positivismo normativo es igualmente fatuo. Si el derecho no puede sino separarse de la moralidad –de manera que no es posible comprender el concepto de derecho sin comprometerse con la tesis de la separabilidad– entonces el positivismo normativo no es más que el rechazo a la anarquía. El positivista normativo sólo es alguien a favor del derecho (tal como se puede mostrar analíticamente que es). Y ¿quién no lo está?

Sin embargo, existen algunos matices: hay un espacio lógico entre la proposición que el derecho no necesariamente implica la moralidad y la proposición que el derecho necesariamente no implica a la moralidad. Es posible que los juicios jurídicos (de cierta clase) en un sistema jurídico dado dependan de la verdad de juicios morales (de cierta clase) aunque no sea el caso que, en general, los juicios jurídicos dependan de los juicios morales. A menudo se designa esta posibilidad como positivismo *incluyente*;⁹ y la versión débil del positivismo jurídico que no la prohíbe (con fundamentos conceptuales) se conoce como positivismo *negativo*.¹⁰ La versión del positivismo que me interesa a efectos de este ensayo podría moverse normativamente en el espacio lógico abierto por el positivismo negativo. El positivismo normativo podría entonces leerse como una posición que condena aquella posibilidad inclusiva a la que el positivismo negativo deja espacio.

Dicho de otro modo, lo que llamo positivismo normativo *asume* lo que Coleman llama positivismo negativo –lo asume en tanto que pragmático-normativamente no tiene sentido recomendar algo que es imposible o conceptualmente incoherente– pero *prescribe* algo como el positivismo excluyente. No se sigue exactamente que el positivismo excluyente sea necesariamente una posición normativa. Pero pienso que a menudo lo es. Y que alguien sostenga el positivismo excluyente ciertamente invita a preguntarse sobre el matiz normativo que podría tener el positivismo al que adhiere en la filosofía del derecho.¹¹

Pero incluso si se concediera esta posibilidad (*i.e.* que el positivismo normativo asume el

⁸ “Negative and Positive Positivism” en *Markets, Morals and the Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), p. 11.

⁹ Ver Will Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1994).

¹⁰ Ver Coleman, “Negative and Positive Positivism”, p. 7.

¹¹ He aquí el asunto sobre Raz que mencioné en la nota 7 más arriba.

positivismo negativo y prescribe el positivismo excluyente), *todavía* el positivismo normativo parece ser lo que Jules Coleman sugiere que es: una tesis normativa *sobre* el positivismo jurídico, y no la esencia o el fundamento del propio positivismo jurídico. Todavía requiere que el filósofo analítico del derecho haga primero su trabajo estableciendo la posibilidad conceptual de aquello que el teórico normativo representa como deseable.¹²

III

Antes de responder a esta sugerencia quiero considerar un segundo elemento en la crítica de Jules Coleman. A continuación del pasaje antes citado sugiere que, si el positivismo normativo trata de incluir ‘en la explicación conceptual del derecho una teoría normativa particular del derecho’, entonces comete ‘el mismo error que el positivismo pretende destacar y enmendar’.¹³ Parece sugerir que los positivistas jurídicos están determinados a separar nuestra comprensión del derecho respecto del compromiso (nuestro o de cualquiera) con ideales políticos o morales particulares controversiales –están determinados a que el debate sobre la naturaleza de la ley no sea rehén de controversias políticas, morales o ideológicas–. Parece sugerir también que el así llamado positivismo normativo representa un ataque explícito a esa determinación del positivista jurídico –un ataque que Coleman debe considerar extrañamente contraproducente–.

Esta crítica parece mal concebida. Coleman dice que adoptar una versión normativa del positivismo jurídico es “infundir moralidad –la manera como el derecho debe ser– en el concepto del derecho, o la explicación de lo que es el derecho”.¹⁴ Pero la frase ‘la explicación de lo que es el derecho’ es ambigua.* Puede significar la explicación *a granel* del derecho, de la institución como tal (en oposición a otros métodos de ejercer el poder); o puede significar la explicación *al menudeo* del derecho en un asunto y en una jurisdicción particulares. Los positivistas jurídicos ciertamente están interesados en identificar qué es el derecho (en cualquier jurisdicción y en cualquier asunto) usando criterios no contaminados por el ejercicio del juicio moral. Pero, al nivel de *menudeo*, este interés no se vería minado por una explicación *a granel* del derecho –de la institución– o por una explicación *a granel* de la importancia de poder identificar lo que es el derecho (en cualquier jurisdicción y en cualquier asunto) sin ejercitar juicios morales. Incluso si esa explicación *a granel* es una explicación moral, no tiene por qué infiltrar consideraciones

¹² Campbell parece conceder el punto. Dice (*Legal Theory*, p. 71) “Asumiendo, de acuerdo con la tesis de la separabilidad, que el derecho no *necesita* ser identificado mediante anteojos morales, esto abre la posibilidad de afirmar que lo que el positivismo jurídico de hecho desea que aceptemos es que sería *indeseable* si existieran tales criterios de validez jurídica abiertamente morales. Para tales positivistas, la motivación tras el argumento analítico es la preparación del terreno conceptual para la perspectiva según la cual ningún sistema jurídico puede permitir el uso de estándares explícitamente morales u otros estándares controversiales para establecer la existencia del derecho o para determinar sus implicaciones. Podemos etiquetar esta posición como ‘tesis de la separación prescriptiva’.

Esta tesis –según la cual derecho y moral deben separarse en el punto de su aplicación– no se establece, por supuesto, mediante análisis conceptual... Deviene posible, sin embargo, mediante tal análisis pues la tesis de la separabilidad suministra un esquema semántico en el cual se puede formular la tesis de la separación prescriptiva”.

¹³ “Negative and Positive Positivism”, p. 11.

¹⁴ *Ibid.*

* Hasta este punto se ha traducido generalmente ‘law’ por ‘derecho’. Sin embargo, se usará ahora la expresión ‘ley’ pues ella captura más cabalmente la ambigüedad que Waldron quiere mostrar a propósito de la expresión ‘the account of what the law is’. Ella puede entenderse desde el punto de vista filosófico o político y desde el punto de vista de la filosofía del derecho. La diferencia entre ambos sentidos también puede expresarse como la diferencia entre la pregunta ‘¿qué es la ley?’ y la pregunta ‘¿cuál es la ley?’ [N. del T.].

morales en la tarea de responder preguntas jurídicas específicas. Si se aísla la explicación *al menudeo* respecto de las explicaciones morales dadas *a granel*, el positivismo normativo no es contradictorio.

Como respuesta a esta línea de argumentación, Coleman podría invitarnos a considerar las discusiones sobre derecho positivo que uno encuentra en la filosofía del derecho de la teoría de la ley natural. Todos aceptamos que las teorías iusnaturalistas no se *oponen* al derecho positivo: no consideran que la ley natural pueda hacer el trabajo del derecho positivo.¹⁵ Más bien, ofrecen una explicación normativa de las funciones que cumple el derecho positivo.¹⁶ Ahora bien, lo llamativo de tales explicaciones –podría decir Coleman– es precisamente que no aíslan (en efecto, afirman *que no pueden*) su criterio para identificar cuál es el derecho (en un asunto dado y en una jurisdicción dada) respecto de su explicación normativa del sentido o función o tareas del derecho en general. Es típico que los iusnaturalistas suscriban alguna versión de la proposición agustiniana '*lex iniusta non est lex*', y que su aplicación al nivel de *menudeo* esté informada por su explicación general de la función del derecho. En consonancia, si se pregunta a un naturalista cuál es el derecho de una jurisdicción dada en determinado tópico, y lo único que puede encontrar en los alrededores con respecto del derecho es egregiamente injusto, tendría que decir algo así como 'en esta jurisdicción no hay derecho alguno que gobierne este asunto, sino algo que es, a lo más, una perversión del derecho'. Esto –podría decir Coleman– debería ser una lección para todos nosotros: una vez que incorporamos una explicación normativa de la función del derecho en nuestra filosofía del derecho, necesariamente minamos la posición distintivamente positivista según la cual debe ser posible decir cuál es el derecho sin emitir juicios morales.

Me parece que el punto es legítimo; pero en la presente discusión podría tener menos fuerza que la sugerida por la versión que he presentado. De hecho, los teóricos modernos de la ley natural son muy cuidadosos sobre la aplicación de '*lex iniusta non est lex*', y bastante sofisticados en su tratamiento de la paradoja implicada en '*lex...non est lex*'.¹⁷ En otra parte he argumentado a favor de precauciones aún mayores que las que el propio Finnis parece dispuesto a conceder.¹⁸ He argumentado en contra de una inferencia fácil que pasa de una explicación

¹⁵ Las teorías de la ley natural no requieren sostener (como Kelsen parece haber pensado que requerían) que la ley positiva es 'superflua' y que 'la actividad de los legisladores positivos no es más que un esfuerzo fútil por suministrar iluminación artificial a plena luz del día'. Ver Hans Kelsen, "The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science", en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* (Berkeley, Calif.: University of California Press, 1957), p. 142. Debo esta cita al artículo de Robert George "Kelsen and Aquinas on 'the Natural-Law Doctrine'", presentado en el taller de teoría del derecho de la Universidad de Columbia el 24 de noviembre de 1999.

¹⁶ Al estilo de la *quaestio* 95 en la primera parte de la segunda parte de la *Summa Theologica* de Tomás de Aquino o, más recientemente, de los capítulos 9 y 10 de *Natural Law and Natural Rights* de John Finnis (Oxford: Clarendon Press, 1980) [Hay traducción al castellano: *Ley Natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000]. Ver también John Finnis, "The Truth in Legal Positivism" en Robert George (ed.) *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1996).

¹⁷ Ver, por ejemplo, Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, pp. 364-6. Finnis nos recuerda que la tradición central de la teoría de la ley natural no formulaba sus tesis sobre la relación entre derecho y justicia diciendo cosas como 'un edicto injusto no puede ser derecho' o 'una orden moralmente inicua no es derecho'. Antes bien, dice Finnis, "la tradición...ha afirmado que las LEYES injustas no son derecho" (p. 364; énfasis original). Ofrece muchos y elaborados (y convincentes) argumentos para mostrar por qué esta paradoja no es una contradicción. Su explicaciones apelan a la distinción entre usos descriptivos, normativos y desvinculados de términos como "derecho" así como a la distinción ulterior, central para su filosofía del derecho, entre el significado focal y el significado secundario de tales términos (pp. 365-6).

¹⁸ Jeremy Waldron, "*Lex Satis Iusta*", *Notre Dame Law Review* 75 (2000), 1829 (número especial en honor de John

iusnaturalista de la función del derecho a una aplicación de la máxima ‘*lex iniusta*’. El argumento, en resumen, corre como sigue.

Suponga que los bienes que pueden ser asegurados por el derecho pertenecen a la clase $G = \{g_1, g_2, \dots, g_n\}$ y que entre las contribuciones distintivas que ofrece la ley en este sentido (como sugiere Finnis) se cuenta la *coordinación* de la prosecución del bien G en una comunidad cuyos miembros tienen una variedad de ideas brillantes sobre cómo deben realizarse esos bienes.¹⁹ Luego, el hecho de que una regla dada R_1 asegure el bien G de una manera que es mejor que la manera en que la asegura la regla alternativa R_2 no puede por sí mismo ser una razón para considerar a R_2 , si estuviera en vigencia, *menos ley* o *ley en un menor sentido* que lo que sería R_1 . Pues la tarea de la ley en tal situación es precisamente coordinar la prosecución de G entre personas que están en desacuerdo sobre la superioridad de R_1 o R_2 en este asunto. A menos que R_2 prometa empeorar las cosas respecto de un estado de ausencia de coordinación, la vigencia de R_2 es de hecho una solución al problema de coordinación. Pero la solución no puede realizarse completamente si la participación de un gran número de ciudadanos en esta solución coordinativa se ve afectada, anulada o minada (o cualquier otra consecuencia práctica que se supone que tenga ‘...*non est lex*’) por su convicción de que la inferioridad de R_2 respecto de R_1 disminuye la pretensión que la imposición de R_2 tiene sobre ellos.²⁰

Si algo parecido al argumento anterior es correcto, entonces los juicios al menudeo sobre cuál es el derecho *pueden* ser aislados respecto de los juicios a granel sobre el propósito del derecho, al menos hasta cierto punto. Puede que no sean aislables del todo: puede que haya

Finnis).

¹⁹ La autoridad, argumenta Finnis, es necesaria en las comunidades humanas no sólo por la debilidad o retorcimiento de las personas. También se necesita incluso entre personas de gran inteligencia y dedicación tan pronto como se trata de las demandas de la razonabilidad práctica y del bien común (*ibid.* p. 231). Una persona dedicada al bien común, “siempre estará buscando nuevas y mejores formas de atender al bien común, de coordinar las acciones de los miembros y de cumplir satisfactoriamente su propio rol. Y el miembro inteligente encontrará tales nuevas y mejores maneras, y quizás no sólo una sino muchas posibles y razonables. La inteligencia y la dedicación, el compromiso y la habilidad multiplican así los problemas de coordinación, al dar al grupo más orientaciones, proyectos compromisos, ‘prioridades’ y procedimientos posibles entre los cuales escoger. Y hasta que se haga una elección particular, nada tendrá lugar de hecho” (*ibid.* 231-2).

Así encaramos lo que Finnis llama ‘problemas de coordinación’ –i.e. problemas para los que hay “dos o más soluciones disponibles, razonables y apropiadas, ninguna de las cuales, empero, constituye una solución a menos que se la adopte excluyendo así a las otras soluciones disponibles, razonables y apropiadas para ese problema” (*ibid.* p. 232). La función de la autoridad jurídica, dice, es resolver tales problemas, capacitando a las criaturas inteligentes e imaginativas que somos a concentrar nuestra cooperación en uno de los esquemas que nos ofrece un camino para promocionar el bien común.

²⁰ En “*Lex Satis Iusta*” yo agregué: “El trabajo que tiene que hacer la autoridad jurídica, en la concepción general de Finnis, es facilitar la coordinación consciente en situaciones en que la coordinación es prácticamente necesaria en vista del bien común. La referencia a una coordinación *consciente* es importante. Ni la autoridad ni la validez jurídica pueden hacer su trabajo en silencio, es decir, sin importar lo que la gente piense que sobre lo que están haciendo. Para variar un poco la metáfora, el derecho no es una mano invisible. No puede hacer su trabajo a menos que la gente esté al tanto de que está haciendo su trabajo (o, para ser francos, a menos que ellos hagan su trabajo por él). Ciertamente el derecho no puede hacer su trabajo coordinador si algunos entre aquellos cuya persecución del bien ha de ser coordinada no creen que el derecho está haciendo una contribución apropiada a la solución de un problema de coordinación. Casos en los cuales la comunidad está dividida sobre lo apropiado de la actuación del derecho no pueden ser casos centrales para el derecho (tan pronto se trata de coordinación). Un estándar de validez jurídica (y una explicación de lo que está haciendo la ley, que respalde el estándar) tiene que ser un estándar de validez *compartido*. Eso significa que un caso central para afirmar la existencia de una ley –o, si se quiere, un caso central de autoridad jurídica– no puede ser un caso en que las partes disputen sobre su centralidad. Por este ser-común o ser-compartido que es central al derecho, un caso que es tal que las partes discuten sobre su centralidad tiene que ser menos central que un caso en el que no disputen”.

prácticas u órdenes políticos que, desde el punto de vista normativo (el punto de vista que describe la función del derecho) son peores que la ausencia del derecho; y para aquellos casos la explicación normativa a granel *puede* afectar la explicación al menudeo sobre si acaso (o en qué sentido) estas prácticas o arreglos sociales pueden considerarse como derecho. Pero se trata de casos extremos: de hecho, son exactamente aquellos los casos en que es mayor la dificultad de defender la insistencia del positivismo duro en la posibilidad de determinar si acaso algo es una ley sin hacer juicios sobre su justicia o su carácter moral. Pero Coleman está en lo correcto: el positivismo normativo no dejará totalmente intocado el nivel del *menudeo*. De modo que ahora cabe preguntar si acaso esto cuenta como un punto en contra del positivismo normativo (o si quizás es un punto a favor).

Antes de continuar quiero plantear una cuestión académica. ¿Cuenta en contra del positivismo normativo el que, en tanto que posición iusfilosófica, ahora no pueda distinguirse fácilmente respecto de la teoría moderna de la ley natural? En general creo que la respuesta es ‘no’. La antítesis ‘positivismo versus iusnaturalismo’ ha devenido tan vetusta y gastada, en todos los sentidos posibles, que su evaporación no debería contarse como una pérdida, sino (a lo más) como una interesante consecuencia de la aceptación del positivismo normativo. Ciertamente su conservación no debe considerarse como un imperativo metodológico. Si la dicotomía entre positivismo y iusnaturalismo se va por la ventana, vaya entonces.²¹ Sin embargo, todavía habría lugar, de hecho, para cierta distinción. Considere la versión del positivismo normativo que considere que más se parece a una teoría iusnaturalista, por lo que concierne a sus explicaciones de la ley positiva. Una diferencia persistente entre ellas puede ser la siguiente. El positivismo normativo no se compromete con ninguna meta-ética particular, ni con ninguna explicación particular de la manera como llegamos a conocer los bienes y valores a los que responde el derecho.²² Por contraste, es muy probable que la teoría iusnaturalista que más se le parece (en lo que respecta a su explicación iusfilosófica del derecho positivo) difiera de él en este punto. El paquete de la filosofía del derecho iusnaturalista suele incluir una meta-ética distintiva (cognitivist y objetivist) y, por ello, con un compromiso fortísimo con una explicación racionalista del conocimiento moral y ético.

IV

Quiero volver al asunto que quedó pendiente al final de la sección II, la sugerencia, implícita en la crítica de Coleman, de que el positivismo normativo es una tesis *sobre* el positivismo jurídico y no una versión de este. Puesto que el positivismo normativo presupone al positivismo jurídico como tesis conceptual, difícilmente puede considerarse que reemplaza a este último como concepción iusfilosófica. Lo que primero se necesita –según Coleman– es una demostración de la posibilidad de determinar las proposiciones y los juicios requeridos para el funcionamiento de un sistema jurídico moderno sin hacer juicios morales. Coleman puede permitirse conceder que depende del teórico normativo la importancia y el rol que quiere asignar a esta posibilidad.

De hecho, creo que es cuestionable que el problema pueda abordarse de la forma que Coleman propone. Suponga que dos teóricos están en desacuerdo sobre las (clases de)

²¹ Sigo aquí la huella de Neil MacCormick, “Natural Law and the Separation of Law and Morals”, en Robert George (ed.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (Oxford: Clarendon Press, 1992).

²² Ver Jeremy Waldron, “The Irrelevance of Moral Objectivity” en George, *Natural Law Theory*; reimpresso como capítulo 8 de Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford: Clarendon Press, 1999). [Hay traducción al castellano: *Derecho y Desacuerdos*. Madrid: Marcial Pons, 2005].

proposiciones y juicios requeridos para el funcionamiento del sistema jurídico moderno. Suponga que coinciden en considerar que las condiciones de verdad de cierta proposición P incluye una proposición moral (por ejemplo, una proposición sobre la justicia), pero difieren en si acaso P ha de considerarse o no como una proposición *jurídica*, en sentido relevante. ¿Cómo ha de resolverse el problema entre ellos? Presumiblemente, mediante un análisis de los conceptos ‘derecho’ y ‘sistema jurídico’, para ver si tal análisis requiere que proposiciones tales como P sean consideradas como proposiciones jurídicas. De este modo, la cuestión anterior –si acaso el positivismo puede ser construido (o supuesto) como una tesis puramente descriptiva– se desplazará a esta otra cuestión: los conceptos que nos son dados de hecho para analizar ¿nos son dados de un modo que (a) sean capaces de resolver la disputa y (b) no estén contaminados por consideraciones normativas?

Este punto puede ilustrarse considerando el debate entre Ronald Dworkin y sus adversarios sobre la ‘respuesta correcta’ a una pregunta jurídica en casos difíciles. Dworkin sostiene que los casos difíciles en que una disposición de derecho legislado es desafiada o en que los precedentes aparecen indeterminados, un juez haría bien en preguntarse “¿Qué interpretación (del derecho legislado o de los precedentes) sacará a la luz de mejor manera el derecho existente en esta comunidad?” Al responder esta pregunta entran “en juego directamente... propias convicciones morales y políticas del juez”;²³ pero ello no implica, dice Dworkin, que la pregunta no sea una pregunta jurídica. Dworkin dice que Si P es la respuesta correcta a la pregunta en las circunstancias bajo consideración, entonces P *es* la ley que existe en relación al asunto. Por supuesto que su oponente niega esta inferencia. P podría ser la respuesta correcta a la pregunta de Dworkin y la pregunta podría ser incluso la pregunta apropiada que debe hacerse el juez en aquellas circunstancias. Pero de ahí no se sigue, dicen los oponentes, que tal pregunta sea una pregunta jurídica o que su respuesta correcta sea una proposición verdadera sobre el contenido del derecho en ese caso.

Cuando emerge una disputa tal, ¿cómo se la ha de zanjar? ¿Es P derecho simplemente porque es la respuesta correcta a la pregunta que el juez debe hacerse? Ambas partes pueden citar ‘usos habituales’ entre abogados y jueces –como concede H.L.A. Hart, uno de los oponentes de Dworkin en este respecto–.²⁴ Cada parte puede construir lo que parece un aparato conceptual coherente para la filosofía del derecho que su aproximación promueve. ¿Cuál de las dos ha comprendido bien el derecho? No estoy seguro de que haya algún prospecto de contestar esta pregunta sin contrastar las respectivas teorías contra nuestras intuiciones sobre la importancia de determinar si algo cuenta o no como derecho.²⁵

O considere lo siguiente: todos conceden por lo general que no todos los aspectos del gobierno en un estado moderno proceden a través del derecho. Algunos suponen gobierno jurídico; otro suponen gobierno no-jurídico (por ejemplo, mediante órdenes directas o por decretos ejecutivos). Teorías del “imperio del derecho” atribuyen una enorme importancia a esta distinción. Pero aún obviando aquello, la mayoría de los juristas cree que una distinción en este punto tiene cierta importancia para una teoría normativa del arte de gobernar. A menos que nuestra filosofía del derecho sea un completo desorden, deberíamos esperar que lo que decimos

²³ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986), p. 256. [Hay traducción al castellano: *El Imperio de la Justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces, y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Barcelona: Gedisa, 1988].

²⁴ *The Concept of Law*, p. 274.

²⁵ Para una versión más extensa y más sofisticada de este argumento, ver Stephen Perry “Interpretation and Methodology in Legal Theory”, en Andrei Marmor (ed.), *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1997), p. 129-31.

sobre el contenido del derecho tenga alguna conexión con la explicación de la importancia distintiva que se concede al derecho como modo o aspecto del gobierno. Y mientras exista tal conexión, lo que decimos sobre el contenido del derecho no puede ser completamente no-normativo.²⁶

Considere entonces nuevamente la posición de Jules Coleman, quien argumenta que, a lo más, lo que yo llamo positivismo normativo supone algo muy independiente de ello, a saber, el positivismo jurídico como tesis descriptiva o conceptual. Es decir, presupone la verdad no-normativa del positivismo negativo para poder establecer el “es posible” en ausencia del cual el “debe ser” del positivismo normativo es fatuo. Pero para establecer que *puede* haber un sistema jurídico que no implique la emisión de juicios morales a la hora de reconocer proposiciones jurídicas, es necesario tener alguna idea de lo que uno intenta sacar a la luz de este modo (y por qué). Suponga que Coleman hubiera querido establecer el positivismo negativo poniendo el ejemplo de organización armada en que un hombre fuerte ladrara mandatos que fueran por la mayor parte seguidos, mostrando además que los miembros de tal organización son capaces de identificar, recordar y obedecer tales comandos sin siquiera ejercitar su capacidad de juzgar moralmente. ¿Sería esto suficiente para refutar lo que afirma el oponente del positivismo negativo? Los oponentes del positivismo negativo (quienes niegan la separabilidad de derecho y moral) podrían responder:

mira, nunca hemos negado que una organización armada pueda funcionar de manera que sus miembros ni hayan hecho ni hayan pretendido hacer juicios morales. Lo que negamos era que pudiera dignificarse con propiedad cualquier organización por el estilo usando la expresión ‘derecho’. Después de todo, hay muchas formas de hacer que la sociedad funcione y que no involucren al derecho en ningún sentido interesante. Para refutar nuestra posición no es suficiente indicar una de tales formas.

Siendo un positivista ‘suave’ o ‘incluyente’, Coleman podría decir que simpatiza con su dolor y que también cree que cualquier sistema de gobierno que valga *dignificar* usando la expresión ‘derecho’ tendría que involucrar el ejercicio del juicio moral en sus operaciones normales. Sólo estaba tratando de mostrar –diría– que esto no es conceptual o analíticamente necesario en ningún sentido estricto. En este punto, sospecho que sus oponentes empezarán a hacer preguntas difíciles sobre el sentido del así llamado ‘análisis conceptual’ si no permite, sin más, distinguir un sistema puramente basado en instrucciones como un modo no-jurídico de administración. Pero más importante aún: los positivistas normativos –que Coleman imagina esperando su demostración puramente analítica de la *posibilidad* de concebir el derecho de una manera que no requiera el ejercicio de juicios morales– negarían que Coleman haya proporcionado lo que querían o lo que la explicación normativa suponía. Pues no afirman que las sociedades deban ser gobernadas según ordenamientos basados en mandatos –sistemas que apenas pueden reconocerse como sistemas ‘jurídicos’ en el sentido que esta expresión se usa corrientemente–. La afirmación de los positivistas normativos es que los valores asociados con el derecho, con la legalidad y con el imperio del derecho –todas expresiones usadas en sentidos apropiadamente amplios– pueden cumplirse mejor si la operación ordinaria de tal sistema no requiere que las personas ejerciten el juicio moral para determinar cuál es el derecho. La evaluación de *esta*

²⁶ Perry hace un punto similar, *ibid.* p. 123: “los datos pueden ser plausiblemente llevados a concepto en más de un modo, y elegir entre estos modos parece requerir la atribución al derecho de un sentido o de una función”. Ver también Michael Moore, “Hart’s Concluding Unscientific Post-Script”, *Legal Theory* 4 (1998). Moore pregunta (en p. 312) cómo una filosofía del derecho puramente descriptiva puede distinguir entre convenciones sociales que son leyes y otras que no lo son. “Una filosofía del derecho normativa como la de Bentham puede responder en término de los valores que considera que el derecho sirve”, dice Moore. Pero una filosofía del derecho descriptiva está ‘privada de esos recursos’.

afirmación no supone realmente alguna fase conceptual, puramente descriptiva o no-normativa – incluso admitiendo que ‘deber’ supone ‘poder’–. El argumento tendrá que ser normativo hasta el final, comenzando incluso con el modo como especificamos el campo de discusión.

Nótese que este argumento no sólo trata de desacuerdo al margen.²⁷ (Ni siquiera es claro lo que podría contar como ‘márgenes’ en un positivismo genuinamente negativo del tipo de considera Coleman: pues el positivismo negativo no ofrece más que aparecer con *un caso* de sistema jurídico cuyo funcionamiento no implique el ejercicio de juicios morales, no hay lugar en sus dominios para una distinción margen/centro). La cuestión es simplemente: “¿Ha iluminado el positivista negativo algo que sea definitivamente un sistema jurídico?” Y la frase ‘definitivamente un sistema jurídico’ difícilmente puede adquirir significado sin prestar atención a las razones que tienen las personas para pensar que era importante trazar algunas distinciones en este asunto.

V

En el post scriptum a la segunda edición de *El Concepto de Derecho*, Hart escribe que incluso si las teorías que yo llamo positivismo normativo tienen “gran interés e importancia como contribuciones a una filosofía del derecho evaluativa y justificadora”,²⁸ ello no muestra que no pueda haber un positivismo jurídico puramente descriptivo o que tal positivismo puramente descriptivo no valga la pena. (Hart hace el punto oponiéndose a lo que considera la afirmación de Ronald Dworkin en *El Imperio del Derecho* sobre el positivismo jurídico: o se presenta como una tesis interpretativa –en el sentido dworkiniano de ‘interpretativo’– o como una tesis semántica estéril).²⁹ Haya o no algo llamado positivismo normativo que suponga la verdad del positivismo negativo (como tesis conceptual o descriptiva), Hart está defendiendo aquí la legitimidad y el valor de un positivismo jurídico puramente descriptivo. Piensa que este realiza una importante ‘tarea taxonómica’ en la filosofía general del derecho.³⁰ Y yo sé que Coleman piensa lo mismo.³¹ Hart dice:

el punto de partida para esta tarea taxonómica es el extendido conocimiento corriente de los rasgos salientes de un sistema jurídico nacional moderno que en la página 3 de *El Concepto de Derecho* atribuí a cualquier persona educada. Mi explicación es descriptiva en cuanto que ella es moralmente neutral y no tiene propósitos justificativos: no busca justificar o recomendar en base a fundamentos morales o de otro tipo las formas y estructuras que aparecen en explicación general del derecho.³²

²⁷ Cf. la caracterización que hace Jules Coleman del tema en “Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory* 4 (1998), p. 381. En la página 389 dice: “Aquellos que admiten la posibilidad de un análisis conceptual y descriptivo...no niegan que el argumento normativo sea apropiado para resolver disputas sobre lo que Hart llama ‘penumbra’. Pero no se sigue de esto que no haya un núcleo o que el núcleo no esté resuelto o que su contenido sólo pueda especificarse mediante argumentos normativos”

²⁸ p. 241.

²⁹ Cf. *Law’s Empire*, pp. 33-44, p. 431n2. Hart dice (*The Concept of Law*, pp. 241-2): “No es obvio por qué debería haber algún conflicto significativo entre proyectos tan diferentes como el mío y el de Dworkin... Pero en sus libros Dworkin parece excluir la teoría general y descriptiva como extraviada o, a lo más, como simplemente inútil... y anteriormente escribió que ‘la chata distinción entre descripción y evaluación’ ha ‘debilitado la teoría del derecho’”. (Ver también los comentarios de Hart en las páginas 271-2).

³⁰ *Ibid.* p. 240.

³¹ En “Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis”, p. 389, Coleman insiste en que “la filosofía del derecho no empieza por tratar de determinar que rasgos del derecho son importantes o interesantes”. Se opone, dice, al argumento “del tipo los-teóricos-descriptivos-son-ellos-mismos-realmente-teóricos-normativos-pero-no-se-dan-cuenta-de-lo-que-hacen”.

³² *The Concept of Law*, p. 240. Este pasaje continúa en la vena del argumento con el que tratamos en la sección IV,

Aunque fue publicado antes del post scriptum de Hart, la sección del libro de Gerald Postema sobre Bentham titulada ‘Dimensiones Normativas de la Filosofía del Derecho’ puede leerse como una respuesta a una posición como la de Hart en el pasaje recién citado. Hart toma como su punto de partida “el extendido conocimiento corriente de los rasgos salientes de sistema jurídico nacional moderno”. Pero Postema cree que una comprensión del lenguaje nos conduce en una dirección metodológica diferente:

La filosofía analítica del derecho descansa sobre una filosofía del lenguaje problemática. Asume equivocadamente que los conceptos que usamos pueden divorciarse del lenguaje cotidiano en que funcionan. Pero el lenguaje configura el pensamiento, y el lenguaje emerge de prácticas compartidas y patrones de actividad humana significativa... El análisis conceptual no es tajantemente distinto de la empresa de ganar una comprensión de las prácticas y las formas de vida en que los conceptos desarrollan su vida.³³

Para un oído desatento esto puede no sonar muy diferente de la concepción de Hart del comienzo de la filosofía del derecho descriptiva en la comprensión de la ley que puede adscribirse al hombre corriente educado.³⁴ Pero un hombre corriente puede tener ‘educación’ sobre la ley de dos modos: como espectador o como ciudadano. Compare el conocimiento que el hombre corriente educado tiene de algo como la Iglesia Católica. La mayoría de la gente sabe de la iglesia católica, y tiene una idea de cómo reconocer sus edificios, sus funcionarios e incluso sus doctrinas; alguien carecería de educación si ignorara esto. Pero tal conocimiento corriente de parte de una persona que no ha tenido contacto *interno* con la iglesia (como parte de ella o en estrecha relación con un participante) sería cuestionable como punto de partida para hacer una explicación confiable de lo que la Iglesia Católica *es*. Para empezar a construir una buena explicación es menester captar el sentido de cosas como la parroquia, el culto y el sacramento de manera más profunda y participativa que, por ejemplo, la que siguiente: “Bueno, tienen todos esos curas y el Papa y creen que hay un Dios que los amenaza con todo tipo de cosas si usan anticonceptivos, etc.”. Y algo similar debe ser verdad del derecho. Postema lo plantea de la siguiente manera:

La teoría iusfilosófica,...incluso cuando aparece involucrada en análisis conceptuales se concentra en la tarea de explicar las instituciones jurídicas, y de las prácticas y de la ‘sensibilidad’ que respira en ellas... Pues no son estas prácticas meros hábitos ciegos o rutinas de comportamiento carentes de significado intrínseco para quienes las ejecutan. Son empresas colectivas inteligibles dotadas de un *sentido* o *propósito* a veces muy complejo.³⁵

¿Cuánto de esto pesa en la propia insistencia de Hart en una filosofía del derecho que se tome en serio ‘el punto de vista interno’?³⁶ Depende. Usualmente se entiende que la filosofía del derecho de Hart requiere que las reglas sean captadas desde el punto de vista de alguien que orienta su conducta con ellas. En la concepción de Hart uno no comprende adecuadamente el concepto de un sistema jurídico a menos que uno tenga alguna idea de lo que significa aceptar y seguir reglas primarias y secundarias en el gobierno de las propias acciones. Hart se apura en añadir que lo anterior no implica que uno deba *aceptar* efectivamente o seguir cualquier cualesquiera reglas

argumentando que la clarificación que tiene que ofrecer su filosofía del derecho descriptiva “es, pienso, una importante crítica preliminar y útil del derecho”.

³³ Bentham, pp. 332-3.

³⁴ *The Concept of Law*, p. 3.

³⁵ Bentham, p. 334.

³⁶ *The Concept of Law*, pp. 56-7, pp. 89-91; Bentham, pp. 242 y ss. (Este es el aspecto del positivismo de Hart que lo hace ‘normativo’ en el sentido en que Beyleveld y Brownsword usan la expresión “positivismo normativo”. Ver nota 3 más arriba.)

primarias o secundarias:

Por supuesto que nuestro teórico del derecho descriptivo no comparte él mismo la aceptación del derecho propia del participante en este sentido, pero puede y debería describir tal aceptación... es verdad que para llevar a cabo este propósito el teórico descriptivo tiene que entender qué significa adoptar el punto de vista interno y en este sentido limitado tiene que ser capaz de ponerse en el lugar del participante; pero esto no significa aceptar la ley o compartir o apoyar el punto de vista interno del participante o abandonar su actitud descriptiva en cualquiera otra forma.³⁷

Algunos comentaristas pueden tener problemas hermenéuticos con esto (por lo que sé, también Postema).³⁸ Para los objetivos que aquí se persiguen, la dificultad con la concepción que Hart tiene de la aprehensión del punto de vista del participante por parte del teórico descriptivo, es que ella se inserta en el ángulo equivocado de la filosofía del derecho como para hacer justicia a las preocupaciones del positivista normativo. Hart cree (correctamente) que una aprehensión del punto de vista interno es indispensable para entender teóricamente las reglas de manera apropiada: puesto que las reglas son normativas, cualquiera que busque entenderlas tiene que saber qué significa orientarse por una norma. Pero en este artículo estamos preocupados con la relevancia que tiene para la filosofía del derecho una proposición más general, a saber: que, dado que *derecho* y *sistema jurídico* son conceptos normativos, alguien que busca conocimiento iusfilosófico tiene que tener cierta comprensión de lo que está en juego cuando se distingue entre reglas jurídicas y otra clase de reglas, o entre el derecho y alguna otra actividad ‘normada’ (como el *cricket* o la administración corporativa). Volviendo a nuestro ejemplo católico, la analogía sería la brecha entre la comprensión que alguien tiene de lo que significa seguir un mandamiento (y *a fortiori* –pero sólo *a fortiori*– lo que significa seguir un mandamiento divino) y la comprensión más profunda que alguien tiene a nivel teológico del rol jugado por los *mandamientos* en el trato de Dios con la humanidad. Asumo que esto es lo que Postema quiere decir cuando dice que una teoría iusfilosófica adecuada no puede “divorciarse de la consideración del fin, del propósito o de la función de las instituciones del derecho”.³⁹

He aquí la dificultad, pues Hart no puede simplemente *extender* sus concesiones al ‘punto de vista interno’ (y la caracterización que hace de su rol en la filosofía del derecho descriptiva) para cubrir también este aspecto. Imagino que un partidario de Hart podría responder que igual que el filósofo del derecho descriptivo tiene que entender (1) lo que significa aceptar y seguir una regla, también debe entender (2) lo que generalmente se asume que es el sentido del derecho y de la práctica jurídica entre quienes están comprometidos con tal actividad, y cómo sería considerar que ese es el sentido, etc.⁴⁰ Pero esto no sirve porque al captar, comprender y reportar lo que este punto de vista (aunque no se lo apoye necesariamente) significa, el teórico jurídico

³⁷ *Ibid.* p. 242

³⁸ Pero no abordaré preguntas específicas sobre el éxito de la explicación de Hart sobre la relación entre su metodología descriptiva y el punto de vista interno, en lo que respecta a una elucidación de la normatividad de términos como ‘deber’, ‘derecho’, ‘obligación’, etc. No me convencen del todo los argumentos dados por Stephen Perry contra Hart en este punto en las secciones II y V de su ensayo “Hart’s Methodological Positivism”, *Legal Theory* 4 (1998), pp. 440-456, y en Perry “Interpretation and Methodology”, p. 122.

³⁹ *Bentham*, p. 335. El pasaje continúa: “Y así ninguna explicación de la naturaleza de la ley puede esperar un avance en nuestra comprensión del derecho y de la práctica jurídica sin apelar en puntos cruciales a consideraciones normativas”.

⁴⁰ Hart se aproxima a esto en el siguiente pasaje (*The Concept of Law*, p. 243): “Incluso si... la perspectiva interna del participante se manifestara en la aceptación del derecho como suministrando guías de conducta y estándares de crítica incluyera necesariamente la creencia en la existencia de razones morales para conformarse a los dictados de la ley y justificaciones morales del uso que hace de la coacción, esto también sería algo que una filosofía del derecho moralmente neutral ha de registrar aunque no apoyar ni compartir”.

hartiano no estaría haciendo filosofía del derecho con su propia voz. Más bien, estaría haciendo historia o sociología de la filosofía del derecho. La genuina filosofía del derecho de primer orden tendría lugar desde el punto de vista que Hart intenta captar.

Difiero un poco en esto con Gerald Postema, quien dice que el tipo de aproximación normativa que él urge

no implica que una teoría de la naturaleza del derecho tenga que mostrar que están justificadas las creencias y actitudes de quienes se auto-identifican como participantes en una práctica jurídica ... Sólo requiere que los teóricos del derecho enmarquen sus explicaciones de la naturaleza del derecho en términos que consideren las creencias de tales participantes y las hagan inteligibles.⁴¹

Pero si el teórico del derecho no presenta esas creencias y actitudes en su propia voz entonces hace teoría jurídica en *oratio obliqua*. Lo que está de hecho captando es lo que significa hacer teoría del derecho, pero no la está haciendo él mismo.

Creo que hay aquí una importante asimetría entre (1) el rol de la comprensión que tiene el jurista del punto de vista interno en relación al seguir reglas y (2) el rol de la comprensión que tiene el jurista del punto de vista interno en relación al sentido o función del sistema jurídico. En la teoría de Hart, (1) es un *componente* indispensable de la comprensión que el teórico del derecho tiene del derecho, pero *lo que así se capta* no (la orientación efectiva de alguien mediante una norma). Uno tiene que entender lo que significa orientarse por una regla, pero uno no requiere orientarse de hecho por una regla. En (2) lo captado *es* ya una comprensión teórica del derecho tal que el teórico que la capta la suscribe o la rechaza *como un teórico del derecho*. No digo que el teórico del derecho deba depender de la comprensión del sentido o función que conceden al derecho los participantes de una cultura jurídica o política dada. Pero al rechazarla compite con ellas y no debe entenderse a sí mismo como trabajando en un nivel conceptual distinto.

¿Por qué? No porque las leyes mismas sean normativas: ello sería relevante sólo para (1). Y también Postema estaría equivocado si es porque “el derecho se preocupa por diseño con los intereses, valores y metas individuales y sociales”.⁴² Más bien, la explicación es que el concepto mismo de derecho es normativo y que no se puede usar o comprender fuera de la participación en una forma de vida que ordena las prácticas políticas en varias formas –por ejemplo, considerando que tiene sentido distinguir entre el gobierno mediante el derecho y otras formas de gobierno–.

VI

Debo hacerme cargo de una ambigüedad: la formulación con que terminé la sección anterior puede entenderse de dos modos. Cuando hablamos de una forma de vida que ordena las prácticas políticas de varias maneras y considera que tiene sentido distinguir entre el imperio del derecho y otras formas de gobierno, podemos tener en mente (A) una forma de vida confinada a académicos o teóricos y orientada normativamente por la pragmática de la construcción de teorías; o podemos tener en mente (B) una forma de vida que atribuye importancia moral, social y política a la distinción. Si estamos pensando sólo en (A), entonces el positivismo normativo deviene más bien una tesis trivial. Es obvio que toda comunidad de académicos tiene la idea de que los conceptos y categorías que usa son teóricamente útiles porque, de lo contrario, elegirían

⁴¹ Bentham. p. 335.

⁴² Bentham, p. 335.

conceptos y categorías diferentes.⁴³ Esto no significa que los valores y conceptos específicos en (A) sean ellos mismos triviales.⁴⁴ Significa sólo que, como ha observado Joseph Raz, el rol de los valores en la filosofía del derecho no puede confinarse al que se le asigna bajo (A):

sería errado concluir que...uno juzga sobre el éxito de un análisis del concepto de derecho en virtud de su fecundidad teórica sociológica. Hacerlo es obviar el que, a diferencia de los conceptos como ‘masa’ y ‘electrón’, ‘derecho’ es un concepto que la gente usa para comprenderse a sí misma...es una importante labor de la teoría del derecho perfeccionar nuestra comprensión de la sociedad al asistir nuestra comprensión del modo en que la gente se entiende a sí misma.⁴⁵

El positivismo normativo, entonces, está interesado en el derecho como un concepto cuyo despliegue en el análisis iusfilosófico está conectado con los valores involucrados cuando los ciudadanos lo despliegan y no simplemente en virtud de sus conexiones con los valores técnicos o ‘intrateóricos’ de la filosofía del derecho.⁴⁶

Una vez concedido esto, lo que he intentado destacar en este artículo (particularmente en las últimas dos secciones) es que los ciudadanos no usan el concepto de *derecho* sólo para captar las obligaciones particulares que podrían tener o las reglas de los procedimientos judiciales particulares en que pueden verse envueltos. Lo usan también para captar la ‘deseabilidad’ de vivir bajo una forma determinada de gobierno (*i.e.* mediante el derecho) antes que bajo otras formas (*i.e.* por decreto o discreción ejecutiva). Y no trazan estas distinciones sólo como científicos políticos (interesados en una taxonomía fecunda) sino como ciudadanos y políticos activos prácticamente interesados en las consecuencias que tienen para sus vidas los diferentes modos de gobierno.

En suma, estamos tratando de entender cómo las personas se entienden a sí mismas. Sin embargo, en su discusión de estos temas Joseph Raz va más lejos: la tarea del teórico no es simplemente hacer ecos o apoyar los usos que los ciudadanos corrientes dan a ‘derecho’ como concepto normativo.

El concepto de derecho es parte de nuestra cultura y de nuestras tradiciones culturales. Juega un rol en la forma en que las personas ordinarias así como los juristas entienden sus propias acciones y las acciones de los demás. Es parte del modo en que ‘conceptualizan’ la realidad social. Pero el concepto es parte de una cultura y una tradición que no proveen ni contornos nítidamente definidos ni un foco claramente identificable. Varias y, en ocasiones, contradictorias ideas se despliegan en ellas. Corresponde a la teoría del derecho escoger, elaborar y explicar aquellas ideas que son centrales y significativas para el modo en que el concepto juega su rol en la comprensión que las personas tienen de la sociedad.⁴⁷

Alguien podría contar la propia discusión de Raz en 1977 sobre el “imperio del derecho” como una instancia de lo anterior: tomar una comprensión alojada en la cultura de un conjunto

⁴³ Para el reconocimiento que hace Hart de (A), ver “Comment”, en Ruth Gavison (ed.) *Issues in Contemporary Legal Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1987), p. 39. Hay también una buena discusión de este reconocimiento en Perry, “Interpretation and Methodology”, p. 118

⁴⁴ Los valores teóricos son muy importantes y, como ha enfatizado Coleman en conversación conmigo, incluyen valores y principios que son altamente normativos: normas lógicas, argumentos convincentes, intereses teóricos, etc. Lo único que es trivial es que una teoría *soi-disant* descriptiva encarna tales valores.

⁴⁵ “Authority, Law and Morality” en *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* (Oxford: Clarendon Press, 1994), p. 221. [Hay traducción al castellano: *La Ética en el Ámbito Público*. Barcelona: Gedisa, 2001]

⁴⁶ Pero quizás deberíamos también notar el traslape posible entre (A) y (B). Gerald Postema observa, en “Jurisprudence as Practical Philosophy”, *Legal Theory* 4 (1998), p. 332, que podría haber una conexión íntima entre valores morales y valores meta-teóricos. Ver también Perry, “Hart’s Methodological Positivism”, pp. 461 y ss.

⁴⁷ “Authority, Law and Morality”, p. 22.

importante de valores sociales asociados con la idea de derecho, ordenarlos –y reconstruirlos– para hacerlos más útiles, no sólo para el teórico sino para el ciudadano y el estadista que los usa para criticar varios eventos y prácticas del gobierno en su sociedad.⁴⁸ Esa interpretación no sería del todo precisa: el propio Raz indica, en ese ensayo, que considera que el ‘imperio del derecho’ se entiende mejor como etiqueta para ciertas virtudes distintivas que la ley puede tener o no, antes que una idea que informa nuestra comprensión del concepto mismo del derecho.⁴⁹ Pero si abordara ideas políticas y morales que considera alojadas en nuestra comprensión misma del concepto del derecho, entonces no sería sorprendente que resultara necesaria una reconstrucción, un ordenamiento y un análisis muy similar.

VII

Hay muchas fallas en el argumento que he presentado. Estoy seguro de ello. La que me parece más evidente es que sugiere implícitamente que considerar el derecho *como algo bueno* es una condición para hacer filosofía del derecho positivista. Parece que mis propios argumentos me han llevado a decir que un positivista tiene que organizar su filosofía del derecho en torno a la idea de que el derecho como tal es una institución deseable, incluso si quiere negar la justicia o la virtud de una ley particular; de lo contrario –así parece que digo– su metodología iusfilosófica es estéril y meramente semántica. ¿Puede ser eso correcto? ¿Es imposible combinar positivismo jurídico y, por ejemplo, hostilidad anarquista frente al derecho?⁵⁰

Hay muchos puntos que es necesario aclarar. Primero, la fuerza de los argumentos metodológicos planteados en las secciones precedentes podría apreciarse también si se considerara que ‘derecho’ es un concepto cargado negativamente (como el concepto de ‘totalitarismo’) en lo que respecta a su valencia normativa. Aunque poca gente apoya al totalitarismo, es poco plausible pensar en la posibilidad un análisis puramente descriptivo del concepto, pues el uso apropiado del concepto ‘totalitarismo’ supone una importante distinción política y moral entre tipos de régimen: se supone que ‘totalitario’ identifica una forma distintiva de maldad. Y alguien que piensa que el derecho es malo (y si el uso correcto de ‘derecho’ es advertir a otros anarquistas –o a gente que titubea en el umbral del anarquismo– sobre algo distintivamente malo en lejanía) podría decir algo similar. Pero su filosofía del derecho también sería normativa, aunque su normatividad no se expresara en términos de funcionamiento.⁵¹ Su valencia normativa sería precautoria.

En segundo lugar, incluso del lado afirmativo, el positivista normativo no está necesariamente comprometido con la tesis de que el derecho es, en palabras de E. P. Thompson,

⁴⁸ Ver Joseph Raz, “The Rule of Law and its Virtue” en *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1979), pp. 210 y ss. [Hay traducción al castellano: *La Autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y Moral*. México D. F.: UNAM, 1985 (2ª ed.)].

⁴⁹ Evidentemente, Lon Fuller piensa que algo como la idea del imperio del derecho empapa el concepto mismo de derecho. Y yo he sugerido algo similar en varios lugares de este artículo.

⁵⁰ Espero que la discusión en el resto de esta sección ayude a despejar algunas de las preocupaciones sobre ‘voluntarismos y barnices de racionalización moral’ en conexión con la aproximación caritativa de Dworkin a las funciones interpretativas de la filosofía del derecho, preocupaciones expresadas, por ejemplo, en Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, pp. 17 y ss.

⁵¹ Y definitivamente necesita el beneficio de la distinción que introduce en la sección V más arriba, entre (1) el rol de la comprensión que tiene el jurista del punto de vista interno en relación con la orientación por una regla jurídica, y (2) el rol de la comprensión que tiene el jurista del punto de vista interno en relación con una explicación de los valores de un sistema jurídico.

‘un bien humano sin calificaciones’.⁵² En un artículo reciente⁵³ he llamado la atención sobre pasajes en *El Concepto de Derecho* donde las observaciones sobre las ventajas del ordenamiento jurídico versus el pre-jurídico se ponderan con la conciencia de los costos de esa transición y de los varios peligros (incluso peligros morales) asociados a la ley como forma de gobierno. Pero como ha señalado correctamente Stephen Perry,⁵⁴ la explicación inicial –i.e. la explicación ofrecida en *El Concepto de Derecho* sobre los ‘defectos’ de una sociedad pre-jurídica y la manera en que el establecimiento del derecho remedia esos defectos–⁵⁵ es el mentís a la pretensión de Hart| de estar haciendo una filosofía del derecho puramente descriptiva.⁵⁶ En una nota a pie Jules Coleman reconoce el interés y la importancia de argumentos para mostrar que “Hart, contradiciendo sus propias reflexiones sobre el punto, no está comprometido con –ni ejecuta fielmente– una metodología descriptiva”;⁵⁷ pero dice que estos argumentos no muestran que no pueda haber un positivismo descriptivo sino, a lo más, que Hart ha fallado en elaborar uno. Y Coleman tiene aquí un punto. La pregunta que quiero hacer, sin embargo, es: ¿es el punto de Coleman socavado por el reconocimiento de Hart en *El Concepto de Derecho* la siguiente ‘verdad aleccionadora’?:

El paso desde una forma de sociedad más simple en que las reglas primaria de obligación son el único medio de control social, al mundo jurídico (con su legislación centralmente organizada, sus tribunales, sus funcionarios y sus sanciones) acarrea sólidas ganancias, pero a cierto costo. Las ventajas son inmensas: la adaptabilidad frente a los cambios, la certeza y la eficiencia; el costo es el riesgo del posible uso opresivo del poder centralmente organizado sobre aquellos de cuyo apoyo pueda prescindir, uso opresivo que no podría hacerse del régimen más simple de reglas primarias.⁵⁸

La explicación que ofrece Hart del carácter institucional del derecho le hace ver que aquellos que hacen y que pueden reconocer el derecho vigente pueden usar su capacidad y conocimiento especializado en su propio beneficio y en detrimento del resto, que descubre su ignorancia progresiva de los detalles de la base organizativa de la sociedad. Hart alcanza a ver que la especialización de la autoridad normativa podría exacerbar cualquier explotación y jerarquía que existan en una sociedad dada independiente de su legalización y que eso bien puede hacer posible ciertas formas de opresión e injusticia que serían simplemente impensables sin ella.⁵⁹ ¿Cancela (por así decir) este reconocimiento el aspecto evaluativamente afirmativo de la tesis de Hart de que el derecho resuelve ciertos defectos en la sociedad pre-jurídica (tesis cuya importancia metodológica destaca Perry), dejándonos con una explicación de la ley que es evaluativamente neutra habiendo considerado todos los aspectos? Con toda certeza la respuesta es “no”: una explicación evaluativa no deviene no-evaluativa simplemente porque incluya elementos evaluativamente negativos y positivos.⁶⁰

⁵² *Whigs and Hunters: The Origins of the Black Act* (Harmondsworth: Penguin, 1975), p. 266.

⁵³ “All We Like Sheep”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 12 (1999), pp. 169-86.

⁵⁴ “Hart’s Methodological Positivism”, pp. 137 y ss.

⁵⁵ pp. 91-9.

⁵⁶ Perry escribe (“Hart’s Methodological Positivism”, p. 438): “Afirmar que un régimen de reglas primarias tiene defectos, igual que afirmar que estos defectos pueden remediarse introduciendo una regla de reconocimiento y otras reglas secundarias, es una afirmación valorativa”

⁵⁷ “Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis”, p. 395n26.

⁵⁸ p. 202.

⁵⁹ Ver ibíd. pp. 117, 200 y ss. Ver también Waldron, “All We Like Sheep”, pp. 174-181.

⁶⁰ Sin embargo, no defiende aquí la afirmación que hago al principio y al comienzo de “All We Like Sheep” de que este reconocimiento de los costos así como de los beneficios y el problema de la ponderación entre ellos proporcionan la base de una versión *sustantiva* de la tesis de la separabilidad, la que tendría poco que ver con preocupaciones sobre metodología jurisprudencial. Luego, la tesis de la separabilidad cumple una cantidad de

Sin embargo, sí implica que el aspecto normativamente positivista de esta teoría debe ser abordado cuidadosamente. Hart afirma que la emergencia del derecho (1) trae consigo ciertos riesgos y, al mismo tiempo (2) ayuda a asegurar ciertos beneficios para la sociedad. A menos que sea uno de los anarquistas que nos imaginamos un par de páginas atrás,⁶¹ es muy posible que el positivista normativo se enfoque la afirmación (2) dejando (1) de lado, no necesariamente porque dude de su verdad o importancia, sino porque no promete, en este estadio, una explicación del derecho que haya considerado todos los aspectos. Al enfatizar (2) –los beneficios que el derecho puede asegurar– el positivista afirma que el derecho no puede asegurar tales beneficios a menos que se lo configure de manera que permita a las personas, en términos generales, determinar cuál es el derecho en un asunto particular sin tener que ejercitar sus juicios morales. Incluso si (2) no logra superar a (1) o incluso si el balance entre ellas varía precariamente de situación en situación, esta perspectiva normativamente positivista sobre (2) es importante. Por ahora, la sugerencia es que el derecho no puede proporcionar ninguna ventaja que balancear ante los costos concomitantes a su instauración a menos que se lo configure en términos positivistas.⁶²

VIII

Había logrado resistir bastante la tentación de asociar la discusión de este artículo con la tesis de Ronald Dworkin en *El Imperio del Derecho* según la cual el proyecto de una teoría del derecho se entiende mejor en términos de la interpretación de alguna afirmación sobre las condiciones bajo las cuales se justifica el uso de la fuerza colectiva en la sociedad.⁶³ Me pareció que valía la pena considerar las implicaciones metodológicas de una presentación del positivismo como una tesis normativa en un nivel más abstracto que ese. Pero me gustaría terminar con una palabra o dos sobre la aproximación en *El Imperio del Derecho* pues la tesis de Dworkin pretende ser, evidentemente, una concepción general de la filosofía del derecho bajo la cual cae la metodología que yo he llamado positivismo normativo como un caso particular.⁶⁴

Dworkin cree que el positivismo jurídico se entiende mejor como un conjunto de afirmaciones sobre la relación entre (a) normas sociales que pueden identificarse sin el ejercicio del juicio moral y (b) la importancia moral de constreñir de algunas maneras el uso colectivo de

importantes funciones, algunas de ellas metodológicas y otras sustantivas.

⁶¹ Ver la nota 51 más arriba y el texto que acompaña.

⁶² Espero que no sea necesario en este punto volver a insistir en que no estamos hablando sobre una ponderación al menudeo de los costos y beneficios –por ejemplo, en el sentido de una probabilidad neta de que una ley en particular sea justa– sino de un balance a granel de los costos y beneficios asociados con la operatividad del derecho como tal, considerado en abstracción de sus contenidos.

⁶³ Dworkin, *Law's Empire*, p. 94: “Los gobiernos como tales tienen metas: apuntan a hacer que las naciones que gobiernan sean prósperas, poderosas o religiosas o eminentes... usan la fuerza colectiva que monopolizan para conseguir estos u otros fines... El derecho insiste en que la fuerza no sea usada o inhibida excepto si tiene la licencia de o es requerida por los derechos individuales y por responsabilidades que emanan de decisiones políticas pasadas sobre la justificación del uso de la fuerza colectiva, sin importar lo útil que pueda ser dados los fines a conseguir, sin importar lo ventajosos o nobles que sean estos fines... Las concepciones del derecho refinan [ese ideal]. Cada concepción proporciona respuestas entramadas a tres preguntas planteadas por el concepto de derecho. Primero, ¿está justificada en absoluto la conexión entre derecho y coacción? ¿tiene algún sentido en absoluto requerir que la fuerza pública sea usada sólo de modo que se conforme a los derechos y a las responsabilidades que ‘emanan de’ decisiones políticas pasadas? Segundo, si ello tiene algún sentido, ¿cuál es? Tercero, ¿cuál es la interpretación de ‘emanar de’, qué noción de consistencia con decisiones pasadas es la que hace más sentido?”.

⁶⁴ Hart se da cuenta de esto, por supuesto; su post scriptum fue escrito en buena medida como respuesta a Dworkin.

la fuerza.⁶⁵ Ahora bien, él argumenta en el capítulo 4 de *El Imperio del Derecho* que la relación entre (a) y (b) deseada por Bentham y otros no puede establecerse efectivamente. Y eso es de esperarse pues, aunque Dworkin identifica lo que considera la agenda normativa de la filosofía del derecho positivista, él mismo no es un positivista. Pero quizás quienes efectivamente son positivistas en la vida real sienten que han sido subestimados. Es posible que no acepten la (b) de Dworkin o la explicación que él les atribuye de la específica relación entre (a) y (b). Pueden pensar en la función o el valor de la ley en términos que no impliquen ese énfasis fuerte en la legitimidad política. Quizás la entienden, en cambio, en términos de la necesidad de coordinación social o en términos de la posibilidad pragmática de usar la autoridad.⁶⁶ O quizás entienden la relación entre (a) y sea lo que sea que *ellos* piensen que es la función o el valor del derecho de una manera que no implique las fuertes afirmaciones en relación al convencionalismo que Dworkin les atribuye. Yo no soy de los que cree que Ronald Dworkin hacer caracterizaciones meramente caricaturescas de las teorías del oponente; ni creo que no pueda haber algún positivista que sostenga la concepción criticada en el capítulo 4 de *El Imperio del Derecho*. (De hecho, creo que Jeremy Bentham probablemente sí la sostuvo y que Dworkin ha hecho un servicio a sus oponentes positivistas al insistir en que se discuta esta interpretación, aunque sea en el margen de cualesquiera que sean las tesis ‘semánticas’ o ‘conceptuales’ que los positivistas modernos dicen querer sostener.) Pero no fue de ayuda al argumento de Dworkin insistir en que los positivistas jurídicos enfrentan un crudo dilema entre una posición interpretativa particular (‘convencionalismo’) que él configura en el capítulo 4 y alguna tesis semántica o conceptual estéril. Por eso pienso que es bueno que, en su mayor parte, el post scriptum de Hart haya prescindido en estas diferencias particulares y haya concentrado su discusión en el problema metodológico más general que, evidentemente, subyace a la teoría particular de Dworkin.

Pues es seguro que vale la pena discutir sobre la forma general o el carácter de una filosofía del derecho positivista, aparte del contenido particular que llene esa forma. Después de todo, el positivismo jurídico es una etiqueta asociada con un amplio espectro de teorías. En el nivel de la ‘positividad’ de la ley que interesa a los positivistas jurídicos unos están interesados en la separación del derecho y la moral en el nivel del *menudeo*⁶⁷ mientras que otros están

⁶⁵ Ver *Law's Empire*, pp. 114 y ss.

⁶⁶ Hasta el punto en que Joseph Raz es un positivista normativo, es la aspiración del derecho a tener autoridad la que moviliza su elucidación de lo que hace que (a) sea importante; ver “Authority, Law and Morality”. Dicho sea de paso, la única razón por la cual dudo en llamar a Raz un positivista normativo es que no me queda claro, a partir de su trabajo reciente si acaso la premisa de su elucidación es (1) el derecho reclama autoridad (que sería una premisa que puede inferirse simplemente de un análisis del concepto ‘derecho’) o (2) es bueno organizar la sociedad mediante reglas que pueden reclamar autoridad. Sospecho que la premisa de Raz es (2). Pero en ciertos lugares parece sumamente cuidadoso en no aparecer como yendo más allá de (1). Su posición general permanece poco clara para mí.

⁶⁷ E incluso sólo prestando atención a la tesis de la separación por sí misma, algunos podrían estar interesados en ella por razones que tienen que ver con el escepticismo moral (por ejemplo, Hans Kelsen en *The Pure Theory of Law*, trad. de Max Knight (Berkeley, Calif.: University of California Press, 1971), pp. 59-60 [Hay traducciones al castellano: *La Teoría Pura del Derecho*. México D. F.: Editorial Porrúa, 1998 (10 ed.). *Teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1965. *Teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1979. *Teoría Pura del Derecho: introducción a la problemática científica del derecho*. Buenos Aires: Losada, 1941]; otros podrían estar interesados en ella por razones que tienen que ver con el significado político del desacuerdo (ver Waldron, *Law and Disagreement*); otro podrían estar interesados en ella por su relación con la autoridad (Raz, “Authority, Law and Morality”); otros incluso podrían estar interesados en ella por razones que tienen que ver con la neutralidad liberal o las exigencias del liberalismo político.

interesados en las cualidades del derecho como texto y/o como regla, por razones que van más allá o que se apartan de la tesis de la separabilidad;⁶⁸ otros están interesados en el derecho como una institución distintiva y en sus características institucionales⁶⁹ y otros están interesados en la autonomía ética de varios roles profesionales en el cambio del derecho, como la magistratura.⁷⁰ (Llamaremos a esto ‘Menú A’). Y al nivel de lo que consideran ser el valor afirmativo o la función del derecho (o de la legalidad o del imperio de la ley), algunos teóricos normativos están interesados en la paz,⁷¹ otros en la predictibilidad (y otros valores conectados con la predictibilidad, como la prosperidad utilitarista o la autonomía hayekiana),⁷² otros están interesados en el control del poder, otros en la democracia, otros la obligación y/o legitimidad política, y otros en las condiciones de la coordinación social. (Llamaremos a esto ‘Menú B’).

Quienes resisten la metodología iusfilosófica general asociada al positivismo jurídico pueden hacerlo porque temen que uno de los intereses del Menú B está siendo impuesto a los positivistas jurídicos –como si ninguno de ellos contara como positivista de verdad a menos que tuvieran los intereses programáticos de, por ejemplo, Bentham o Hobbes—. ⁷³ Pero este temor es infundado. Quienes como Campbell, Perry y Postema enfatizan la dimensión normativa de la filosofía del derecho positivista no están intentando imponer su programa normativo particular a los positivistas en general (aunque tienen sus propias perspectivas sobre asuntos normativos). Simplemente afirman que la selección de algo en el Menú A como un aspecto particular de la positividad del derecho sobre el cual enfocar la propia filosofía del derecho no es inteligible por sí misma, y no es creíble que se presente como un asunto puramente ‘analítico’. Para que sea inteligible tiene que estar motivada. Y en consonancia con esto están diciendo que no entendemos completamente una teoría positivista del derecho hasta que podamos correlacionar una elección en el Menú A con una elección en el Menú B. Luego, sea que uno acepte o no el dilema que Dworkin impone a los positivistas en el capítulo 4 de *El Imperio del Derecho*, uno puede ver ahora el sentido del intento de reconstruir la filosofía del derecho positivista como un posición interpretativa, y contemplar la variedad de formas –no sólo una– en que puede expresarse la agenda positivista.

⁶⁸ Ver, por ejemplo, Frederick Schauer, *Playing by the Rules* (Oxford: Clarendon Press, 1991), capítulos 7 y 8. Ver también Frederick Schauer, “Positivism as Pariah”, en Robert George (ed.), *The Autonomy of Law*.

⁶⁹ Por ejemplo, Neil MacCormick y O. Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism* (Dordrecht: Reidel, 1986), y Raz en *The Authority of Law*.

⁷⁰ Por ejemplo, Campbell, *Legal Theory*.

⁷¹ Por ejemplo Hobbes en *Leviathan*.

⁷² De maneras más bien diferentes: Bentham y Hayek (en *The Constitution of Liberty*).

⁷³ Esto parece ser verdad de W. J. Waluchow en su ensayo “The Weak Social Thesis”, *Oxford Journal of Legal Studies* 9 (1989), p. 38.