

H. L. A. HART

Profesor de Jurisprudencia de la Universidad de Oxford

DERECHO Y MORAL

CONTRIBUCIONES A SU ANÁLISIS

Traducción y nota preliminar
de

GENARO R. CARRÍO



EDICIONES *Depalma* BUENOS AIRES

1962

Este pequeño volumen representa un aporte de alta calidad a la literatura jusfilosófica de habla española. Creo necesario expresar nuestro agradecimiento al profesor Hart, quien, con enorme amabilidad y paciencia, soportó durante meses mi asedio epistolar, autorizó la publicación de estos ensayos, me orientó en la selección de los más representativos, sugirió un título para el volumen: Contributions to the analysis of law and morals (el que hoy lleva es una versión ligeramente modificada) y, finalmente, corrigió la traducción de los artículos, librándola de no pocos errores.

GENARO R. CARRIÓ.

Buenos Aires, febrero de 1962.

EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LA SEPARACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL *

En este artículo examinaré y trataré de defender un punto de vista que el *justice* HOLMES, entre otros pensadores, sostuvo, y a raíz del cual aquél y éstos han sido muy criticados. Pero antes que nada deseo expresar por qué pienso que HOLMES, cualesquiera sean las vicisitudes de su reputación en los Estados Unidos, seguirá siendo siempre para los ingleses una figura heroica en la teoría del derecho. Esto será así porque HOLMES supo combinar magícamente dos cualidades: una, el poder imaginativo, que ha estado a menudo ausente del pensamiento jurídico inglés; la otra, la claridad, que el pensamiento jurídico inglés usualmente posee. El jurista inglés que dirige su atención a HOLMES llega a ver que lo que ha tomado como algo fijo y estable está en realidad siempre en movimiento. Descubrir esto con HOLMES es hacerlo con un guía cuyas palabras pueden dejarnos no convencidos, a veces incluso convencidos en sentido contrario, pero nunca engañados. Como nuestro AUSTIN, con quien HOLMES compartió mu-

* Texto de la conferencia pronunciada por el profesor H. L. A. HART en abril de 1957 en la Harvard Law School (Oliver Wendell Holmes Lecture).

chas ideas y muchos ideales, HOLMES estaba a veces claramente equivocado; pero también como AUSTIN, cuando ello ocurría, HOLMES estaba siempre equivocado claramente. Esto es, por supuesto, una virtud soberana en materia de teoría del derecho. Ya sé que se dice que la claridad no basta; ello puede ser verdad, pero todavía existen cuestiones en la teoría jurídica cuyos temas están confundidos porque se los discute en un estilo que HOLMES hubiera menospreciado por su oscuridad. Quizá esto sea inevitable: la teoría jurídica vacila tan inciertamente en los lindes de muchos tópicos, que siempre será necesario, para usar la expresión de BENTHAM, que alguien "arranque la máscara del misterio" de su rostro¹. Esto vale en grado preeminente, para el tema de este artículo. Voces contemporáneas nos dicen que debemos admitir algo que ha sido oscurecido por los "positivistas" jurídicos, cuyos días se consideran terminados: a saber, que hay "un punto de intersección entre el derecho y la moral"², o que lo que *es* y lo que *debe ser* de algún modo están indisolublemente unidos o son inseparables³, aunque los positivistas lo hayan negado. ¿Qué significan estas enunciaciones? O más bien, ¿cuáles de las muchas cosas que ellas *pueden* significar, *efectivamente* significan? ¿Cuáles de ellas no aceptan los positivistas, y por qué están equivocados al adoptar esa actitud?

¹ BENTHAM, *A fragment on government*, en *Works*, t. 1, ps. 221 y 235, Ed. Bowring, 1859, prefacio, § 41.

² D'ENTRÉEVES, *Natural law*, p. 116, 2ª ed., 1952.

³ FULLER, *The law in quest of itself*, p. 12, 1940; BRECHT, *The myth of is and ought*, "Harvard Law Review", t. 54, p. 811, 1941; FULLER, *Human purpose and natural law*, "J. Philos.", t. 53, p. 697, 1953.

I

Presentaré el tema como parte de la historia de una idea. A fines del siglo XVIII y a comienzos del siglo XIX los pensadores más serios sobre problemas jurídicos y sociales y los arquitectos de las más importantes reformas eran en Inglaterra los grandes utilitaristas. Dos de ellos, BENTHAM y AUSTIN, insistieron constantemente en la necesidad de distinguir, con firmeza, y con el máximo de claridad, el derecho que es del derecho que debe ser. Este motivo se repite con insistencia en la obra de aquéllos, quienes condenaron a los pensadores jusnaturalistas precisamente por haber hecho borrosa esta distinción aparentemente simple pero de vital importancia. Por contraste, hoy en día en los Estados Unidos y en menor grado en Inglaterra, esta separación entre el derecho y la moral es considerada superficial y errónea. Algunos críticos han pensado que ella impide a los hombres ver la verdadera naturaleza del derecho y sus raíces en la vida social⁴. Otros han pensado que es no sólo intelectualmente

⁴ Ver FRIEDMANN, *Legal theory*, ps. 154, 294 y 295, 3ª ed., 1953. También FRIEDMANN dice que AUSTIN "mediante su tajante distinción entre la ciencia de la legislación y la ciencia del derecho ... inauguró una era de autosuficiencia y positivismo jurídicos que posibilitó que el emergente Estado nacional afirmara su autoridad sin verse perturbado por dudas jurídicas" (idem, p. 416). Este autor afirma, sin embargo, que "la existencia de un Estado altamente organizado que reclamaba para sí soberanía y una obediencia incondicional del ciudadano" ha sido "la condición política que posibilitó el positivismo analítico" (idem, p. 163). Dentro de esta versión resulta, en consecuencia, un tanto difícil

equivoca sino también corruptora en la práctica; en casos extremos puede llegar a debilitar la resistencia frente a las tiranías o al absolutismo⁵ y, en el mejor de los casos, puede provocar falta de respeto hacia el derecho. El rótulo "positivismo jurídico", que es ahora peyorativo, ha servido como muchas otras expresiones que se usan a guisa de proyectiles en las batallas intelectuales, para designar una desconcertante multitud de pecados diferentes. Uno de ellos es el pecado, real o presunto, de insistir, como lo hicieron AUSTIN y BENTHAM, en la separación entre el derecho que es y el derecho que debe ser.

¿Cómo ha ocurrido este giro? ¿Cuáles son los errores teóricos de esta distinción? ¿Ha tenido en la práctica malas consecuencias el subrayar la distinción como lo hicieron BENTHAM y AUSTIN? ¿Debemos ahora rechazarla o mantenerla? Al considerar estas preguntas es menester recordar la filosofía social que acompañaba la insistencia de los utilitaristas en dicha distinción. Éstos apoyaron firmemente, aunque fundados en su propia concepción utilitarista, todos los principios del liberalismo en mate-

determinar cuál es la gallina y cuál el huevo (el positivismo analítico o las condiciones políticas). Aparte de esto, no parece haber mucha prueba de que algún Estado nacional surgido a partir de 1832 (año de publicación de *The province of jurisprudence determined*) haya visto posibilitada la afirmación de su autoridad por la influencia de AUSTIN o de "la era de positivismo jurídico que éste inauguró".

⁵ Ver RADBRUCH, *Die Erneuerung des Rechts*, en "Die Wandlung", t. 2, p. 8, Alemania, 1947; RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und Uebergesetzliches Recht*, en "Süddeutsche Juristen-Zeitung", t. 1, p. 105, Alemania, 1946, republicado en RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 347, 4ª ed., 1950. El punto de vista de RADBRUCH es examinado en las ps. 40 y 49 de este artículo.

ria de derecho y de gobierno. Nadie ha combinado hasta ahora, con cordura semejante a la de los utilitaristas, la pasión por la reforma y el respeto por el derecho, junto con el debido reconocimiento de la necesidad de controlar el abuso del poder aun cuando éste se encuentre en manos de los reformadores. En las obras de BENTHAM es posible identificar, uno a uno, los elementos del *Rechtsstaat* y todos los principios para cuya defensa se ha revivido en nuestros días la terminología del derecho natural. Allí encontramos la libertad de expresión, la de prensa, el derecho de asociación⁶, la necesidad de que las leyes sean publicadas y hechas conocer ampliamente antes de aplicarse⁷, la necesidad de controlar los organismos administrativos⁸, la insistencia en que no haya responsabilidad criminal sin culpa⁹, y la importancia del principio de legalidad, *nulla poena sine lege*¹⁰. Ya sé que para algunos el punto de vista político y moral de los utilitaristas es

⁶ BENTHAM, *A fragment on government*, en *Works*, t. 1, ps. 221 y 230, Ed. Bowring, 1859, prefacio, § 16; BENTHAM, *Principles of penal law*, en *Works*, t. 1, ps. 365, 574/5, 576/8, Ed. Bowring, 1859, parte III, cap. XXI, §§ 8 y 12.

⁷ BENTHAM, *Of promulgation of the laws*, en *Works*, t. 1, p. 155. Ed. Bowring, 1859; BENTHAM, *Principles of the civil code*, en *Works*, t. 1, ps. 297 y 323, Ed. Bowring, 1859, parte I, cap. XVII, § 2; BENTHAM, *A fragment on government*, en *Works*, t. 1, ps. 221, 233 nota m, Ed. Bowring, 1859, prefacio, § 35.

⁸ BENTHAM, *Principles of penal law*, en *Works*, t. 1, ps. 365 y 576. Ed. Bowring, 1859, parte III, cap. XXI, §§ 10 y 11.

⁹ BENTHAM, *Principles of morals and legislation*, en *Works*, t. 1, ps. 1, 84. Ed. Bowring, 1859, cap. XIII.

¹⁰ BENTHAM, *Anarchical fallacies*, en *Works*, t. 2, ps. 489, 511 y 512, Ed. Bowring, 1859, art. VIII; BENTHAM, *Principles of morals and legislation*, en *Works*, t. 1, ps. 1 y 144, Ed. Bowring, 1859, cap. XIX, § 11.

demasiado simple, pero no debemos confundir esta simplicidad con superficialidad, ni olvidar lo favorecidas que salen estas simplicidades de su comparación con las profundidades de otros pensadores. Tomad solamente un ejemplo: la opinión de BENTHAM sobre el problema de la esclavitud. Dice nuestro autor que no se trata de saber si aquellos que son mantenidos en esclavitud pueden razonar sino simplemente si sufren ¹¹. ¿No es esto mejor que discutir el problema en términos de si hay o no hombres a quienes la naturaleza sólo ha capacitado para ser los instrumentos vivientes de otros? Le debemos a BENTHAM, más que a nadie, el haber cesado de discutir esta y otras cuestiones similares de conveniencia social en aquella forma.

BENTHAM y AUSTIN no fueron, pues, estériles analistas que jugaban con distinciones verbales mientras ardían las ciudades, sino que constituyeron la vanguardia de un movimiento que trabajó con apasionada intensidad y mucho éxito en pro de una sociedad mejor y mejores leyes. ¿Por qué, entonces, insistían en la separación del derecho que es y el derecho que debe ser? ¿Qué querían decir con eso? Veamos primero qué dijeron: AUSTIN formuló la doctrina así:

“Una cosa es la existencia del derecho; otra su mérito o demérito. Un tipo de investigación conduce a saber si es o no es; para saber si se adecúa o no a un patrón asumido, hace falta una investigación diferente. Una ley que de hecho existe es una ley, aunque ocurra que no nos gusta, o aunque esté en desacuerdo con el texto mediante

¹¹ Ídem, en 142 n., cap. XIX, § 4, n.

el cual regulamos nuestra aprobación y desaprobación. Cuando se enuncia formalmente esta verdad como una proposición abstracta, es tan simple y deslumbrante que parece ocioso insistir en ella. Pero por simple y deslumbrante que sea cuando se la enuncia como una expresión abstracta, la enumeración de los casos en los cuales ha sido olvidada bastaría para llenar un volumen.

“Sir WILLIAM BLACKSTONE, por ejemplo, dice en sus *Commentaries*, que las leyes de Dios son superiores en fuerza obligatoria a todas las otras leyes; que ninguna ley humana debe ser tolerada si está en contradicción con aquéllas; que las leyes humanas carecen de validez si su contenido es contrario al de aquéllas; y que todas las leyes válidas derivan su fuerza de aquel modelo divino.

① Ahora bien, BLACKSTONE *puede* querer decir con esto que todas las leyes humanas deben conformarse a las leyes divinas. Si esto es lo que quiere decir, estoy de acuerdo con él sin vacilación alguna. ② BLACKSTONE quiere decir, quizá, que los legisladores humanos están obligados por las leyes divinas a hacer concordar las leyes que ellos sancionan con aquel patrón último, porque si no lo hacen Dios los castigará. Esto también merece mi total asentimiento...

③ Pero el significado de este pasaje de BLACKSTONE, si lo tiene, parece más bien ser este otro: que ninguna ley humana que esté en contradicción con la ley divina es obligatoria; en otras palabras, que ninguna ley humana que sea contraria a la ley divina es *ley*...”¹².

¹² AUSTIN, *The province of jurisprudence determined*, ps. 184 y 185, Library of Ideas, ed. 1954.

La protesta de AUSTIN contra la confusión entre el derecho que es y el derecho que debe ser es general: tal actitud es un error, cualquiera sea nuestro patrón de lo que debe ser, cualquiera sea "el texto por el cual regulamos nuestra aprobación o desaprobación". Sus ejemplos, sin embargo, se refieren siempre a una confusión entre el derecho que es y el derecho que de acuerdo con la moral debiera ser. Para AUSTIN, debemos recordarlo, los preceptos fundamentales de la moral son los mandamientos de Dios, de los cuales la utilidad es un "índice"; además está la moralidad efectivamente aceptada por un grupo social o moralidad "positiva".

BENTHAM insiste en esta distinción pero no caracteriza a la moral por referencia a Dios sino solamente, por supuesto, por referencia a los principios de utilidad. La razón básica de la insistencia de ambos pensadores fue capacitar a los hombres para ver con certeza los problemas precisos que plantea la existencia de leyes moralmente malas, y para comprender el carácter específico de la autoridad de un orden jurídico. La fórmula general de BENTHAM para la vida bajo el gobierno de leyes era simple: "*obedecer puntualmente; censurar con libertad*".¹³ Pero BENTHAM, en cuanto espectador ansioso de la revolución francesa, sabía bien que esto no bastaba: en cualquier sociedad podía llegar el momento en que los mandatos de las leyes fuesen tan malos que hubiera que enfrentar el problema de la resistencia, y era esencial que las cuestiones en juego a esta altura de las cosas no fueran simplificadas en forma excesiva ni oscure-

¹³ BENTHAM, *A fragment on government*, en *Works*, t. 1, ps. 221 y 230, Ed. Bowring, 1859, prefacio, § 16.

cidas.¹⁴ Éste, sin embargo, era precisamente el efecto de la confusión entre el derecho y la moral, y BENTHAM descubrió que la confusión se había extendido simétricamente en dos direcciones diferentes. Por una parte nuestro autor tenía presente al anarquista que razona así: "Esto no debe ser el derecho, en consecuencia no lo es y estoy en libertad, no sólo de censurarlo sino también de desobedecerlo". Por otra parte, BENTHAM pensaba en el reaccionario que razona así: "Esto es el derecho, en consecuencia es lo que debe ser", y sofoca de ese modo toda crítica en su nacimiento. BENTHAM creía que ambos errores se podían ver en BLACKSTONE: en su imprudente afirmación de que las leyes humanas eran inválidas si estaban en contradicción con la ley de Dios¹⁵, y "en aquel espíritu de *quietismo* obsecuente que parece con-génito en ese autor", el cual "apenas si le permite reco-

¹⁴ Ver BENTHAM, *Principles of legislation*, en *The theory of legislation*, t. 1, p. 65 n., Ed. Ogden, 1931, cap. XII, § 2, n.

"Tocamos aquí la más difícil de las cuestiones. Si el derecho no es lo que debe ser; si contradice abiertamente el principio de utilidad; ¿debemos obedecerlo? ¿Debemos violarlo? ¿Debemos permanecer neutrales entre el derecho, que nos ordena un mal, y la moral, que lo prohíbe?"

Ver también BENTHAM, *A fragment on government*, en *Works*, t. 1, ps. 221, 287 y 388, Ed. Bowring, 1859, cap. IV, §§ 20 a 25.

¹⁵ BLACKSTONE, *Commentaries*, § 41. BENTHAM critica esta "petigrosa máxima", diciendo que "la tendencia natural de tal doctrina es impulsar al hombre, por la fuerza de la conciencia, a levantarse en armas contra cualquier ley que no resulte de su agrado"; BENTHAM, *A fragment on government*, en *Works*, t. 1, ps. 221 y 287, Ed. Bowring, 1859, cap. IV, § 19. Ver también BENTHAM, *A comment on the Commentaries*, p. 49, 1828, cap. III. Para una expresión del temor de que tal doctrina lleve a la anarquía, ver AUSTIN, ob. cit., n. 12, p. 186, quien al propio tiempo reconoce que la resistencia puede hallarse justificada por la utilidad.

nocer una diferencia entre lo que es y lo que debe ser"¹⁶. Ésta era en verdad para BENTHAM la enfermedad profesional de los juristas: "A los ojos de los juristas —para no hablar de sus incautas víctimas, es decir, la generalidad de los legos— el *es* y el *debe ser*... son uno e indistinguible"¹⁷. La insistencia en la distinción, por lo tanto, nos será útil para orillar estos dos peligros: el peligro de que el derecho y su autoridad puedan disolverse en la concepción que tiene el hombre del derecho que debe ser, y el peligro de que el derecho vigente pueda reemplazar a la moral como criterio final de conducta y escapar así a la crítica.

En vista de las objeciones recientes es también importante distinguir varias cosas que los utilitaristas no se propusieron decir cuando insistían en su separación entre el derecho y la moral. Ellos aceptaban por lo mucho de las cosas que pueden quedar aludidas por la expresión "la intersección entre el derecho y la moral". En primer término, los utilitaristas nunca negaron que, como hecho histórico, el desarrollo de los sistemas jurídicos ha estado poderosamente influido por la opinión moral, y, a la inversa, que los patrones morales han sido profundamente influidos por el derecho, de modo tal que el contenido de muchas normas jurídicas refleja principios o normas morales. No es de hecho siempre fácil investigar esta conexión histórica causal, pero BENTHAM estaba ciertamente pronto a admitir su existencia; del

¹⁶ BENTHAM, *A fragment on government*, en *Works*, t. 1, ps. 221 y 294, Ed. Bowring, 1859, cap. v, § 10.

¹⁷ BENTHAM, *A commentary on Humphreys' Real Property Code*, en *Works*, t. 5, p. 389, Ed. Bowring, 1843.

mismo modo, AUSTIN también hablaba de la "coincidencia frecuente"¹⁸ del derecho y de la moralidad, y atribuye precisamente a ello la confusión entre el derecho que es y el derecho que debe ser.

En segundo lugar, ni BENTHAM ni sus epígonos han negado que por virtud de prescripciones jurídicas expresas principios morales pueden ser incorporados en diversos puntos a un sistema jurídico y formar parte de sus reglas, o que los tribunales pueden hallarse jurídicamente obligados a decidir de acuerdo con lo que consideren lo más justo o lo mejor. BENTHAM en verdad reconocía, a diferencia de AUSTIN, que aun el poder legislativo supremo podía hallarse sometido a limitaciones jurídicas por una constitución¹⁹ y no habría negado que principios morales, como los de la enmienda quinta de la Constitución de los Estados Unidos, podían formar el contenido de tales limitaciones constitucionales. AUSTIN, en cambio, pensaba que las restricciones sobre el poder legislativo supremo no tenían fuerza de derecho, sino que eran simples barreras morales o políticas²⁰; pero por supuesto habría reconocido que una ley, por ejemplo, podía conferir un poder legislativo delegado y restringir el área de su ejercicio por referencia a principios morales.

Tanto BENTHAM como AUSTIN tenían sumo interés en subrayar estas dos simples cosas: Primero, que en ausencia de una prescripción legal o constitucional ex-

¹⁸ AUSTIN, ob. cit., n. 12, p. 162.

¹⁹ BENTHAM, *A fragment on government*, en *Works*, t. 1, ps. 221, 289 y 290, Ed. Bowring, 1859, cap. iv, §§ 33 y 34.

²⁰ Ver AUSTIN, ob. cit., n. 12, p. 231.

presas, del mero hecho de que una regla viole pautas morales no se infiere que ella no es una regla de derecho; ²² inversamente, del mero hecho de que una regla sea moralmente deseable no se infiere que es una regla de derecho.

La historia de esta elemental doctrina en el siglo XIX es demasiado extensa y complicada para exponerla aquí. Permittedme que la sintetice diciendo que tras haber sido propuesta al mundo por AUSTIN, esa doctrina dominó la teoría jurídica inglesa y constituye parte de la estructura de la mayoría de esas producciones curiosamente británicas, quizá insatisfactorias, a saber, los exámenes globales de todo el campo de la teoría general del derecho. Una sucesión de ellas se publicó después de que el texto completo de las conferencias de AUSTIN apareció finalmente en 1863. En cada una de esas producciones la separación de los utilitaristas entre el derecho y la moral es considerada como algo que permite a los juristas obtener una nueva claridad. AMOS, uno de los epígonos ingleses de AUSTIN, ha dicho que éste "ha liberado al derecho del cuerpo muerto de la moral que todavía gravitaba sobre aquél" ²¹; y el mismo MAINE que tanto criticó a

²¹ AMOS, *The science of law*, p. 4, 5ª ed., 1881. Ver también MARKBY, *Elements of law*, ps. 4 y 5, 5ª ed., 1896:

"Al establecer la distinción entre el derecho positivo y la moral, AUSTIN no sólo estableció los fundamentos para una ciencia del derecho, sino también liberó la concepción del derecho... de un número de consecuencias perniciosas a las que aquélla llevaba. Las leyes positivas, como ha enseñado AUSTIN, han de ser jurídicamente obligatorias, y no obstante ello, una ley puede ser injusta... AUSTIN ha admitido que la ley misma puede ser inmoral, en cuyo caso puede que sea nuestro deber moral desobedecerla..."

Cfr. HOLLAND, *Jurisprudence*, ps. 1 a 20, 1880.

AUSTIN en muchos puntos no impugna esa parte de su doctrina. En los Estados Unidos, hombres como N. ST. JOHN GREEN ²², GRAY y HOLMES han considerado que la insistencia en esta distinción ha hecho posible que la comprensión del derecho como un medio para el control social tenga un nuevo y fructífero punto de partida; ellos la recibieron como algo al mismo tiempo autoevidente e iluminador, como una reveladora tautología. Esta distinción es por supuesto uno de los temas principales del más famoso ensayo de HOLMES, *La senda del derecho* ²³, pero el lugar que ella merece en la consideración de estos autores norteamericanos se aprecia mejor en lo que GRAY escribió hacia fines del pasado siglo en *La naturaleza y las fuentes del derecho*. Dijo GRAY:

"El gran avance en sus concepciones fundamentales que la teoría general del derecho experimentó en los últimos cien años fue el reconocimiento de la verdad de que el derecho de un Estado ... no es un ideal sino algo que realmente existe... No es lo que debe ser, sino lo que es. Fijar esto en forma definitiva en la teoría general del *common law*, tal la hazaña que AUSTIN cumplió" ²⁴.

²² Ver GREEN, *Sección bibliográfica*, "Am. L. Rev.", t. 6, ps. 57 a 61, 1871, reproducido en GREEN, *Essays and notes on the law of tort and crime*, ps. 31 y 35, 1933.

²³ "Harvard Law Review", t. 10, p. 457, 1897.

²⁴ GRAY, *The nature and sources of the law*, p. 94, 1ª ed., 1909, (213).

Queden limitadas a lo que antecede las referencias a la doctrina durante su período de esplendor. Volvamos ahora nuestra atención a alguna de las críticas. Sin duda alguna, cuando BENTHAM y AUSTIN insisten en la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser, tienen presentes leyes *particulares* cuyo significado es claro y por lo tanto no se halla en discusión, y su preocupación consiste en sostener que tales leyes, aunque sean moralmente inadmisibles, siguen siendo leyes. Sin embargo, al considerar las críticas que más tarde surgieron, no debemos limitar nuestro análisis a las que se dirigen contra aquel punto particular, si es que queremos llegar a la raíz de la insatisfacción que la distinción provoca; debemos hacernos cargo también de la objeción de que, aunque fuera exacto lo que los utilitaristas expresan respecto de aquel punto particular, su insistencia en él, usando una terminología que sugiere una ruptura general entre lo que es y lo que debe ser derecho, ha oscurecido el hecho de que en otros sectores se da un esencial punto de contacto entre ambas cosas. De tal modo, en lo que sigue me ocuparé no sólo de las críticas que se han dirigido contra aquel aspecto particular que los utilitaristas tenían en mira, sino también de la pretensión de que surge una conexión esencial entre el derecho y la moral cuando examinamos cómo son interpretadas y aplicadas en los casos concretos aquellas leyes cuyo significado es discutible; conexión que también se pretende que surge cuando ampliamos nuestro punto de vista y nos pregun-

tamos, no ya si una regla particular de derecho debe satisfacer un mínimo moral para ser una norma jurídica, sino si un sistema de reglas que no llegue en modo alguno a alcanzar ese mínimo puede ser considerado un sistema de derecho.

Existe, sin embargo, una complejidad inicial de importancia que ha servido para confundir al análisis crítico. Debemos recordar que los utilitaristas combinaron su insistencia en la separación del derecho y la moral con otras dos doctrinas igualmente famosas, aunque distintas. Una es la importante verdad de que un estudio puramente analítico de los conceptos jurídicos, un estudio del significado del vocabulario propio del derecho, es tan vital para nuestra comprensión de la naturaleza de éste como los estudios históricos y sociológicos, aunque por supuesto no puede reemplazarlos. La otra doctrina es la famosa teoría imperativa del derecho, la idea de que el derecho es, en esencia, una orden.

Estas tres doctrinas constituyen la tradición utilitarista dentro de la teoría jurídica; sin embargo, son doctrinas distintas. Es posible apoyar la separación entre el derecho y la moral y valorar positivamente las investigaciones analíticas acerca del significado de los conceptos jurídicos y, sin embargo, pensar que es erróneo concebir que el derecho es, esencialmente, una orden. La creencia de que la falsedad de alguna de estas tres doctrinas que integran la tradición utilitarista mostraba que las otras dos eran falsas, ha sido una fuente de gran confusión en las críticas a la separación entre el derecho y la moral. Más grave aún fue que no se advirtiera que había en realidad tres doctrinas totalmente diferenciables dentro

de aquella tradición. El uso indiscriminado del rótulo "positivismo" para designar en forma ambigua cada una de estas tres doctrinas diferentes (junto con algunas otras que los utilitaristas jamás profesaron) ha confundido quizá el problema más que cualquier otro factor individual²⁵. Algunos de los primeros críticos norteamericanos de la doctrina de AUSTIN, sin embargo, vieron este preciso punto con admirable claridad. GRAY, por ejemplo, agrega al final del elogio a AUSTIN que ya he citado, las siguientes palabras: "AUSTIN puede haber in-

²⁵ Puede ser útil identificar cinco —quizá haya más— significados de "positivismo", barajados en la teoría jurídica contemporánea:

1) La pretensión de que las leyes son órdenes de seres humanos. Ver ps. 17 a 24.
 2) La pretensión de que no existe conexión necesaria entre el derecho y la moral, o entre el derecho que es y el que debe ser. Ver ps. 3 a 13.
 3) La pretensión de que el análisis (o estudio del significado) de los conceptos jurídicos es: a) algo que vale la pena hacer, y b) algo que debe ser diferenciado de las indagaciones históricas sobre las causas u orígenes de las normas, de las indagaciones sociológicas sobre la relación entre el derecho y los otros fenómenos sociales, y de la crítica o evaluación del derecho, ya sea en términos de moral, objetivos sociales, "funciones" u otros. Ver ps. 28 a 30.

4) La pretensión de que un sistema jurídico es un "sistema lógicamente cerrado", en el que las decisiones jurídicas correctas pueden ser deducidas por medios lógicos de normas jurídicas predeterminadas, sin referencia a propósitos sociales, líneas de orientación, *standards* morales. Ver ps. 28 a 30.

5) La pretensión de que los juicios morales no pueden ser establecidos o defendidos, como lo son los juicios de hecho, por argumentos, pruebas o demostraciones racionales (teorías "no cognoscitivas" en ética). Ver ps. 56 a 60.

BENTHAM y AUSTIN sostuvieron los puntos de vista descritos en 1, 2 y 3, pero no los descritos en 4 y 5. La opinión indicada en 4 es atribuida, a menudo, a los juristas analíticos (ver ps. 28 a 30), pero no conozco ningún "analista" que la haya sostenido.

currido en error al tratar el derecho de un Estado como si fuera la orden del soberano"²⁶, y, con perspicacia, señala muchos puntos en que la teoría de la orden es insuficiente. Pero otros críticos vieron con menor claridad el problema, y han pensado que las insuficiencias de la teoría imperativa, cada día más evidentes, bastaban para demostrar la falsedad de la separación entre el derecho y la moral.

Esto es un error, pero un error explicable. Para ver cuán explicable es debemos examinar un poco más de cerca la concepción imperativa. La famosa teoría de que el derecho es una orden, forma parte de una pretensión más amplia y más ambiciosa. AUSTIN decía que la noción de un imperativo era "la clave de las ciencias del derecho y de la moral"²⁷, y los intentos contemporáneos de aclarar los juicios morales en términos de expresiones "imperativas" o "prescriptivas" constituyen un eco de aquella ambiciosa pretensión. Pero la concepción imperativa, aun considerada como un esfuerzo para identificar sólo la esencia del derecho, no digamos la de la moral, parece sobrecogedora en su simpleza y totalmente inadecuada. Aun en el más simple de los sistemas jurídicos, es mucho lo que resulta deformado, si se lo presenta como un imperativo. Sin embargo, los utilitaristas pensaban que podía apprehenderse la esencia de un sistema jurídico si se completamente la noción de un imperativo con la de un hábito de obediencia. El esquema era éste: ¿Qué es un imperativo? Simplemente es una expresión por parte de

²⁶ GRAY, *The nature and sources of the law*, ps. 94 y 95, 2ª ed. 1921.

²⁷ AUSTIN, ob. cit., n. 12, p. 13.

una persona del deseo de que otra haga o se abstenga de hacer algo, acompañada por una amenaza de que la desobediencia será probablemente seguida de un castigo. Las órdenes son normas jurídicas si satisfacen dos requisitos (Primero, deben ser generales; segundo, deben emanar de algo que, según BENTHAM y AUSTIN, existe en toda sociedad política cualquiera sea su forma constitucional, a saber, una persona o un grupo de personas que reciben obediencia habitual de la mayoría de los componentes de la sociedad y que, a su vez, no deben obediencia a otros. Estas personas son sus soberanos. Así, el derecho es la orden de los que ordenan sin recibir órdenes en la sociedad, la creación de la voluntad jurídicamente no limitada al soberano, quien está, por definición, fuera del derecho.

Se ve fácilmente que esta versión de un sistema jurídico es harto precaria. Podemos incluso darnos cuenta de por qué se podría pensar que su insuficiencia es atribuible a que se ha pasado por alto alguna conexión esencial con la moral. La situación que la simple trilogía "orden, sanción y soberano" consigue describir si se toman estas nociones con alguna precisión, se asemeja a la situación de un asaltante que dice a su víctima "La bolsa o la vida". La única diferencia radica en que en el caso de un sistema jurídico el asaltante se dirige a un número grande de personas que están acostumbradas a la intimidación y habitualmente le prestan acatamiento. Por supuesto el derecho no es la situación del asaltante en escala mayor, ni el orden jurídico puede ser simplemente identificado con la compulsión.

A pesar de los puntos de obvia analogía que existen entre una ley y una orden, este esquema omite alguno de

los elementos más característicos del derecho. Dejémosle que cite unos pocos. Es equivocado concebir a una legislatura (y con mayor razón a un electorado), de composición cambiante, como un grupo de personas habitualmente obedecidas: esta idea simple se adecúa solamente a un monarca que haya reinado lo suficiente como para que se genere un "hábito". Pero aun pasando por alto esa objeción, nada de lo que los legisladores hacen es derecho, a menos que den cumplimiento a ciertas reglas fundamentales aceptadas, que especifican los procedimientos básicos de la legislación. Esto vale incluso para un sistema dotado de una constitución unitaria simple como el inglés. Estas reglas fundamentalmente aceptadas que especifican qué debe hacer una legislatura para legislar no son órdenes habitualmente obedecidas, ni pueden ser expresadas como hábitos de obediencia a personas. Ellas se encuentran en la raíz de un sistema jurídico, y lo que más se echa de menos en el esquema de los utilitaristas es un análisis de lo que significa para un grupo social y sus órganos adoptar tales reglas. Esta idea, y no la de un imperativo como AUSTIN pretendía, es la "clave de la ciencia del derecho", o por lo menos una de las claves.

En el caso de una democracia, AUSTIN va más allá del legislador y llega hasta el cuerpo de electores para encontrar al "soberano" (o en Inglaterra, una parte de él). AUSTIN pensaba que en los Estados Unidos el conjunto de electores para las legislaturas estatales y el congreso federal eran el soberano, cuyas órdenes emanadas de sus "representantes" en los cuerpos legislativos, constituían el derecho. Pero sobre esta base tiene que desaparecer totalmente la idea del soberano como entidad

fuera del derecho, que es "habitualmente obedecido" por la "mayoría" de la población: porque en este caso la "mayoría" obedece a la "mayoría", esto es, se obedece a sí misma. Es notorio que la aceptación general de la autoridad de un procedimiento de elaboración del derecho, con independencia de los cambiantes individuos que lo ponen en práctica de tiempo en tiempo, no puede sino resultar deformada por un análisis en términos de la obediencia masiva habitual a ciertas personas que están por definición fuera del derecho, del mismo modo que el fenómeno afín pero mucho más simple de la aceptación social general de una regla, por ejemplo la de quitarse el sombrero cuando se entra a una iglesia, quedaría desfigurado si se lo representara como la obediencia habitual por el grueso de las gentes a personas determinadas.

Otros críticos han percibido oscuramente un defecto adicional más grave de la teoría del imperativo, aunque han restado agudeza a una objeción importante al dar por sentado que el defecto se debe a que no se ha insistido acerca de alguna conexión importante entre el derecho y la moral. Este defecto más radical es el siguiente. El cuadro de la vida bajo el derecho que la teoría del imperativo nos presenta es esencialmente el de una simple relación entre el que ordena y los que reciben las órdenes, entre el superior y los inferiores, entre la parte de arriba y la de abajo; se establece una relación vertical entre los que dan las órdenes, o sea los creadores del derecho, concebidos como esencialmente fuera de él, y aquellos que reciben las órdenes y que están sometidos al derecho. En este cuadro no hay cabida, o sólo la hay en forma accidental y subordinada, para una distinción entre tipos de

reglas jurídicas que son de hecho radicalmente diferentes. Algunas normas obligan a los hombres a actuar de cierto modo o a abstenerse de actuar, lo deseen o no. El derecho penal consiste en gran medida en reglas de este tipo: al igual que los imperativos ellas son simplemente "obedecidas", o "desobedecidas". Pero hay otras reglas jurídicas que se presentan a la sociedad en formas muy diferentes y que tienen funciones totalmente distintas. Ellas acuden a posibilidades más o menos elaboradas para que los individuos creen estructuras de derechos y deberes a los fines de la conducción de la vida dentro del cuadro coercitivo del derecho. Tales son las reglas que habilitan a los individuos para celebrar contratos, otorgar testamentos, crear "trusts" y, en general, para moldear sus relaciones jurídicas con los demás. Tales reglas, a diferencia de las del derecho penal, no son factores enderezados a prevenir deseos y elecciones de naturaleza antisocial. Por el contrario, esas reglas facilitan la realización de deseos y elecciones. Ellas no nos dicen (como los imperativos) "haz esto quieras o no", sino en cambio "si quieres hacer esto, he aquí la manera de hacerlo". De acuerdo con estas reglas ejercemos potestades, deducimos pretensiones, y hacemos valer derechos. Estas frases destacan perfiles característicos de las normas que confieren derechos y potestades: ellas son normas que están, por decirlo así, colocadas a disposición de los individuos de un modo que no aparece en las normas del derecho penal. Mucho ingenio se ha volcado en la tarea de "reducir" las normas de esta segunda especie a alguna variante compleja de las normas de la primera clase. El esfuerzo para demostrar que las normas que confieren derechos son "en realidad"

sólo estipulaciones condicionales de sanciones a ser impuestas sobre quienes se encuentran bajo un deber jurídico, caracteriza buena parte de la obra de Kelsen.²⁸ Sin embargo, abogar por este punto de vista es en realidad exhibir una determinación dogmática de suprimir un aspecto del sistema jurídico, para mantener la teoría de que la estipulación de una sanción, como el imperativo de AUSTIN, representa la quintaesencia del derecho. Con el mismo criterio se podría argumentar que las reglas del *baseball* son "en realidad" sólo instrucciones complejas condicionales dirigidas al árbitro y que esto muestra su real o "esencial" naturaleza.

Uno de los primeros juristas en Inglaterra en romper con la tradición austriana, SALMOND, objetó que el análisis en términos de imperativos dejaba a la noción de derecho subjetivo sin lugar adecuado.²⁹ Pero en este punto SALMOND incurrió en una confusión. Sostiene primero, correctamente, que si las leyes son nada más que órdenes es inexplicable que hayamos llegado a hablar de derechos subjetivos y de potestades como conferidos por o emanados de aquéllas. Pero seguidamente concluye en forma errónea que las reglas de un sistema jurídico deben estar necesariamente conectadas con reglas morales o con

²⁸ Ver, por ejemplo, Kelsen, *General theory of law and state*, ps. 58, 61, 143, 144; 1945.

Según Kelsen, todas las leyes, no sólo las que acuerdan derechos o potestades, son reducibles a tales "normas primarias" que estipulan sanciones en forma condicional.

²⁹ SALMOND, *The first principles of jurisprudence*, ps. 97 y 98, 1893. Este autor "objeta el credo de la denominada escuela inglesa de teoría jurídica", porque "intenta despojar a la idea de derecho de aquel significado ético que es uno de sus más esenciales elementos" (idem, ps. 9 y 10).

principios de justicia y que sólo sobre esta base puede el fenómeno de los derechos subjetivos recibir adecuada explicación. Si no fuese así, piensa SALMOND, habría que decir que los conceptos de "derecho subjetivo jurídico" (*legal right*) y de "derecho subjetivo moral" (*moral right*) están ligados por una mera "coincidencia verbal". Del mismo modo, los críticos continentales de los utilitaristas, siempre atentos a la complejidad de la noción de derecho subjetivo, han insistido en que la teoría del imperativo no le da cabida. HÄGERSTRÖM sostiene que si las leyes fueran realmente imperativos la noción del derecho de un individuo sería realmente inexplicable, porque los imperativos son, como él expresa, algo que obedecemos o desobedecemos; ellos no confieren derechos.³⁰ Pero también HÄGERSTRÖM concluye que la moral o, como él dice, nociones de justicia, tienen que estar, en consecuencia, necesariamente implicadas en el análisis de cualquier estructura jurídica lo suficientemente elaborada como para conferir derechos.³¹

Estos argumentos, empero, son ciertamente confusos. Las reglas que confieren derechos, aunque sean distintas de los imperativos, no tienen por qué ser reglas morales ni coincidir con ellas. Hay derechos subjetivos, después de

³⁰ HÄGERSTRÖM, *Inquiries into the nature of law and morals*, p. 247, Ed. Oliverona, 1953: "Toda la teoría de los derechos subjetivos de los individuos particulares... es incompatible con la teoría imperativa". Ver también ídem, p. 221.

"La descripción de éstos (los pedidos de tutela jurídica) como derechos, se deriva totalmente de la idea de que el derecho relativo a ellos es una verdadera expresión de derechos subjetivos y deberes, en el sentido en el que la noción vulgar de justicia entiende estas palabras".

³¹ Ídem, p. 218.

todo, que surgen de reglas de ceremonia, de reglamentos de juegos, y en muchas esferas reguladas por disposiciones que no se preocupan por problemas de justicia o por lo que el derecho debe ser. Tampoco necesitan las reglas que confieren derechos, ser justas o estar moralmente justificadas. Prueba de ello son los derechos de un amo sobre sus esclavos. "Su mérito o demérito", como decía AUSTIN, depende de cómo están distribuidos los derechos en la sociedad y de sobre qué o quién son ejercidos. Estas críticas en realidad han revelado la insuficiencia de las simples nociones de imperativo y hábito a los fines del análisis del derecho; en muchos puntos es evidente que la aceptación social de una regla o de una pauta de autoridad (aunque no esté motivada más que por el miedo, o por la superstición, o se apoye en la inercia), tiene que ser objeto de análisis, y no puede en sí ser reducida a aquellos dos simples términos. Nada de esto, empero, prueba que la insistencia de los utilitaristas en distinguir entre la existencia del derecho y sus "méritos" esté equivocada.

III

Paso a ocuparme de una crítica distintivamente norteamericana de la separación entre el derecho que es y el derecho que debe ser. Ella ha surgido del estudio crítico del proceso judicial con que la teoría jurídica norteamericana ha estado, en general, tan provechosamente ocupada. Los más escépticos de estos críticos —los vagamente denominados "realistas" de la década de 1930 a 1940— aceptaron quizá en forma demasiado ingenua la estruc-

tura conceptual de las ciencias naturales como adecuada para la caracterización del derecho y para el análisis de la conducta guiada por reglas en la que consiste, por lo menos parcialmente, un sistema de derecho vivo. Pero ellos abrieron los ojos de los hombres a lo que efectivamente ocurre cuando los tribunales deciden los casos, y el contraste que mostraron entre los hechos efectivos de la decisión judicial y la terminología tradicional que la describe como si fuera una operación totalmente lógica, ha sido por regla general, esclarecedor; porque a pesar de algunas exageraciones los "realistas" nos hicieron agudamente concientes de una característica fundamental del lenguaje y del pensamiento humanos, cuyo énfasis es vital no sólo para la comprensión del derecho sino también en áreas de la filosofía que están muy alejadas de los límites de la teoría jurídica. El siguiente ejemplo puede exhibir lo que con penetración vio esta escuela. Una norma jurídica prohíbe introducir un vehículo en un parque público. Esta prohibición rige claramente para un automóvil, pero ¿qué decir de las bicicletas, patines, automóviles de juguete? ¿Qué decir de los aviones? ¿Deben o no ser considerados "vehículos" a los fines de la regla? Si hemos de comunicarnos de algún modo con los demás, y si, como hemos de expresar nuestras intenciones para que un cierto tipo de conducta esté reglado por normas, entonces es necesario que las palabras generales que usamos —tales como "vehículo" en el supuesto que considero— tengan algún ejemplo típico respecto del cual no existan dudas acerca de la aplicación de aquéllas. Tiene que haber un núcleo de significado establecido, pero también habrá una

penumbra de casos discutibles en los que las palabras no resultan obviamente aplicables ni obviamente no aplicables. Cada uno de estos casos tendrá algunas notas en común con el ejemplo típico; les faltarán otras o aparecerán en ellos características que no estaban presentes en aquél. La inventiva humana y los procesos naturales aportan en forma continua tales variaciones respecto de lo familiar, y si hemos de decidir que esta clase de hechos cae o no bajo lo prescrito por las reglas existentes, entonces quien clasifica tiene que adoptar una decisión que no le es impuesta, porque los hechos y los fenómenos a los que conformamos nuestras palabras, y a los que aplicamos nuestras reglas son, como quien dice, mudos. El automóvil de juguete no puede hablar y decir: "Yo soy un vehículo a los fines de esta regla jurídica", ni los patines pueden decir en coro: "Nosotros no somos un vehículo". Las situaciones de hecho no nos aguardan netamente rotuladas y plegadas; su clasificación jurídica no está escrita en ellas para que los jueces simplemente las lean. Por el contrario al aplicar las reglas jurídicas alguien debe asumir la responsabilidad de decidir que las palabras se refieren o no a cierto caso, con todas las consecuencias prácticas que esta decisión implica.

Podemos denominar "problemas de la penumbra" a los que surgen fuera del núcleo rígido de ejemplos típicos o de significado establecido; estos problemas jamás nos abandonan, ya sea que nos las veamos con cosas tan triviales como la reglamentación del uso de un parque público, o con las generalidades multidimensionales de una constitución. Si todas las reglas de derecho han de estar circundadas por una penumbra de incertidumbre,

entonces su aplicación a casos específicos en el área de penumbra no puede ser materia de deducción lógica, y así el razonamiento deductivo, que durante generaciones ha sido admirado como la perfección misma del razonamiento humano, no puede servir como modelo de lo que los jueces, o en realidad cualquier otro sujeto, debe hacer al colocar los casos particulares bajo reglas generales. En esta área los hombres no pueden vivir exclusivamente de deducciones. Y se sigue de aquí que si las controversias y decisiones jurídicas acerca de cuestiones de la penumbra han de ser racionales, su racionalidad tiene que sustentarse en algo distinto de una relación lógica con las premisas. De tal modo, si es racional o "fundado" sostener y decidir que a los fines de esta regla un avión no es un vehículo, esta alegación ha de ser fundada o racional sin estar dotada de conclusividad lógica. ¿Qué es lo que hace entonces que tales decisiones sean correctas o por lo menos mejores que las decisiones en alternativa? Aquí, de nuevo, parece adecuado afirmar que el criterio que hace que una decisión sea fundada en tales casos es algún concepto de lo que el derecho debe ser; es fácil pasar rápidamente de esto a la afirmación de que dicho criterio ha de consistir en un juicio moral acerca de lo que el derecho debe ser. De tal modo, se concluye, tocamos aquí un punto de "intersección necesaria entre el derecho y la moral" que demuestra la falsedad o, en todo caso, el carácter equívoco de la enfática insistencia de los utilitaristas sobre la separación entre el derecho que es y el derecho que debe ser. Por supuesto —se dice—, BENTHAM y AUSTIN sólo pueden haber escrito lo que escribieron porque les faltó comprensión o

interés respecto de esta faz del proceso judicial, porque ignoraron los problemas de la penumbra.

La desinterpretación del proceso judicial que ignora los problemas de la penumbra, y que considera que aquél consiste fundamentalmente en un razonamiento deductivo, es estigmatizada a menudo como el error de "formalismo" o "literalismo". Mi pregunta ahora es: ¿cómo y en qué medida la demostración de este error prueba que la distinción de los utilitaristas es equivocada o engañosa? Hay aquí muchos problemas que han sido confundidos; solamente puedo tratar de desenmarañar algunos. La acusación de formalismo apunta tanto a los teóricos del derecho "positivistas" como a los tribunales, pero, por supuesto, los cargos tienen que ser muy diferentes en uno y otro caso. Dirigida al teórico del derecho, la acusación pretende que éste incurre en un error teórico acerca de la naturaleza de la decisión judicial: concebir al razonamiento allí involucrado como consistente en una deducción a partir de premisas en que las elecciones prácticas de los jueces o sus decisiones no desempeñan papel alguno. Sería cosa fácil demostrar que AUSTIN no incurrió en este error; sólo una completa desinteligencia de lo que es la jurisprudencia analítica y de las razones que tenía AUSTIN para considerar que este enfoque es importante, ha llevado a pensar que aquél, o cualquier otro analista, creían que el derecho es un sistema lógicamente cerrado en que los jueces deducen sus decisiones de premisas.³² Por el contrario, AUSTIN conocía muy bien

³² Esta desinteligencia de la teoría jurídica analítica aparece, entre otros, en STONE, *The province and function of law*, p. 141, 1950: "En resumen, al rechazar la suposición implícita de que todas las

el carácter del lenguaje, su vaguedad o naturaleza abierta.³³ Pensaba que en las situaciones de la penumbra los jueces están forzados a legislar³⁴, y, con tonos que algunas veces recuerdan los del extinto juez JEROME FRANK, recrimina a los jueces del *common law* por legislar tímidamente y sin vigor, y por apoyarse en forma ciega en analogías reales o supuestas con los casos del pasado, en lugar de adaptar sus decisiones a las crecientes necesidades.

proposiciones pertenecientes a todos los sectores del derecho tienen que ser lógicamente consistentes, ... él (Cardozo) niega que el derecho sea en realidad lo que el jurista analítico, a sus fines limitados, da por sentado que es".

Ver también ídem, ps. 49, 52, 138 y 140; FRIEDMANN, *Legal theory*, p. 209, 3ª ed., 1953. Esta desinteligencia parece nacer de la creencia no temática y falsa de que los estudios analíticos sobre el significado de los términos jurídicos serían imposibles o absurdos si, para llegar a decisiones fundadas en los casos particulares, liciera falta algo más que una capacidad para razonamientos lógico-formales a partir de premisas predefinidas, claras y exentas de ambigüedad.

³³ Sobre la vaguedad y falta de certeza en el derecho, ver AUSTIN, ob. cit., n. 12, ps. 202 a 205 y 207, quien reconoce que, como consecuencia de esta vaguedad, a menudo sólo pueden suministrarse "criterios falibles" para determinar si los casos particulares están incluidos en las expresiones generales.

³⁴ Ver AUSTIN, ob. cit., n. 12, p. 191: "No puedo comprender cómo nadie que haya considerado el tema es capaz de suponer que la sociedad habría podido subsistir si los jueces no hubieran creado derecho...". Como un correctivo para la creencia de que el jurista analítico tiene que adoptar un punto de vista "mecánico" del proceso judicial, son dignas de mención las siguientes observaciones hechas por AUSTIN:

1) Cada vez que el derecho ha de ser aplicado, puede suscitarse una "competencia de analogías en conflicto", ya que el caso "puede asemejarse en algunos de sus perfiles" a casos a los que se ha aplicado la regla en el pasado y, en otros perfiles, a "casos en los que la regla se ha declarado no aplicable". AUSTIN, *Lectures on jurisprudence*, t. 2, p. 633, 5ª ed., 1885.

2) Comúnmente los jueces han decidido casos e inferido así nuevas reglas, "construyendo", en base a una variedad de fundamentos, incluso

dades de la sociedad tal como se revelan por el patrón moral de utilidad³⁵. Los villanos de la pieza, responsables de la concepción de que el juez es un autómatata, no son los pensadores utilitaristas. La responsabilidad, si debe recaer en algún teorizador, le corresponde más bien a pensadores como BLACKSTONE y, en una época anterior, MONTESQUIEU. La raíz de este mal es la preocupación por la separación de los poderes y la "infantil ficción" de BLACKSTONE —así la llamaba AUSTIN— de que los jueces sólo "declaran" y nunca "crean" el derecho.

a veces —aunque según AUSTIN muy de vez en cuando— en base a sus apreciaciones sobre lo que el derecho debe ser. Más frecuentemente, han derivado normas de derecho del derecho preexistente, mediante "inferencia basada en analogía", esto es, han creado una nueva regla "como consecuencia de que existe una regla similar que se aplica a cuestiones que son *análogas*..." (ídem, t. 2, ps. 638 y 639).

3) "Si todas las reglas de un sistema de derecho fueran perfectamente definidas o precisas", estas dificultades anexas a la aplicación del derecho no se presentarían. "Pero la plenitud y corrección ideal que acabo de imaginar no es alcanzable en los hechos... aunque el sistema haya sido construido y ordenado con solicitud y habilidad no iguales" (ídem, t. 2, ps. 997 y 998). Por supuesto que AUSTIN creía que la codificación podía hacer mucho para eliminar la incertidumbre y que ello debía encarsarse. Ver ídem, t. 2, ps. 662 a 681.

35 ídem, t. 2, p. 641: "Nada, en verdad, puede resultar más natural que el hecho de que los legisladores, usada esta palabra tanto en su sentido directo como para aludir a los jueces, deban apoyarse todo lo que puedan en los ejemplos que proporcionan sus predecesores, especialmente si aquéllos son tímidos, inexpertos o de miras estrechas".

Ver también ídem, t. 2, p. 647:

"Pero mucho hay que lamentar que jueces capaces, con experiencia y personalidad, no hayan aprovechado todas las oportunidades para introducir una nueva regla (una regla beneficiosa para el futuro)... Éste es el reproche que me sentiría inclinado a hacerle a Lord ELDON... Los jueces de los tribunales del *common law* no hacen lo que debieran haber hecho, a saber, adecuar sus reglas de derecho y de procedimientos a las crecientes exigencias de la sociedad, en lugar de adherirse torpe y tediosamente a las antiguas y toscas prácticas".

Pero el "formalismo" nos interesa en tanto que vicio de los jueces, no de los juristas. ¿Qué significa precisamente que un juez comete este error, que es un "formalista", un "autómata", una "máquina"? Es curioso que la literatura que está repleta de denuncias de estos vicios nunca las ha aclarado en términos concretos; en lugar de ello, sólo tenemos descripciones que no pueden querer decir lo que en apariencia dicen: se afirma que el error formalista de los tribunales consiste en hacer un uso excesivo de la lógica, en llevar algo hasta "extremos arídemante lógicos"³⁶, o en utilizar en forma inmoderada los métodos analíticos. Pero ¿de qué precisa manera hace un uso excesivo de la lógica el juez formalista? Resulta claro que la médula de este error consiste en atribuir a algún término general una interpretación ciega a los valores sociales y a las consecuencias que de ella se derivan (o que sea torpe en algún otro sentido, o que simplemente no resulte del agrado de los críticos). Pero la lógica no prescribe interpretación de términos; no impone la interpretación torpe ni la inteligente de ninguna expresión. La lógica sólo nos dice hipotéticamente que si se acuerda a un cierto término una determinada interpretación, entonces se sigue una conclusión determinada. La lógica nada dice acerca de la forma de clasificar entes particulares, y éste es el meollo de una decisión judicial. Así que esta referencia a la lógica y a los excesos lógicos es un error de denominación para alguna otra cosa, que no puede ser otra que la que sigue. Un juez

³⁶ *Hynes vs. New York Central R.R.*, 231 N.Y. 229, 235; 131 N.E. 890, 900 (1921); ver POUND, *Interpretations of legal history*, p. 123, 2ª ed., 1930; STONE, *ob. cit.*, n. 32, ps. 140 y 141,

tiene que aplicar una regla a un caso concreto; por ejemplo, la regla de que no está permitido trasportar un "vehículo" sustraído cruzando la línea divisoria entre dos Estados. En este caso ha sido sustraído un avión ³⁷. El juez no advierte o pretende no advertir que los conceptos generales de la regla son susceptibles de interpretaciones diferentes y que él enfrenta una elección, que no está controlada por las convenciones lingüísticas. El juez ignora o no ve que se encuentra en el área de la penumbra y que no está tratando con un caso típico. En lugar de hacer su elección a la luz de los objetivos sociales, fija el significado de un modo diferente. Toma el sentido que más obviamente sugiere la palabra al hombre común, en contextos ordinarios no jurídicos, o bien toma un significado que la palabra ha recibido en algún otro contexto jurídico, o, aún peor, piensa en un caso típico y en forma arbitraria destaca luego ciertos perfiles en él; por ejemplo, en el caso de un vehículo, 1) que se usa normalmente para andar por tierra, 2) que puede trasportar a un ser humano, 3) que puede moverse con propulsión propia; y trata a estas tres notas como condiciones siempre necesarias y suficientes para el uso de la palabra vehículo en todos los contextos, sin preocuparse por las consecuencias sociales que resultan de asignarle esta interpretación. Esta elección, que no es "lógica", forzaría al juez a incluir un automóvil de juguete, siempre que tuviera propulsión eléctrica, y a excluir las bicicletas y los aviones. En todo esto hay posiblemente enorme estupidez, pero no más ni menos lógica que en el caso en que

³⁷ Ver *Mc Boyle vs. United States*, 283 U.S. 25 (1931).

la interpretación dada a un término general y la consecuente aplicación de alguna regla general a un caso particular está controlada concientemente por algún objetivo social reconocido.

Una decisión hecha de un modo tan ciego apenas si merece el nombre de tal; tanto valdría aplicar la regla arrojando al aire una moneda. Pero es por lo menos dudoso que alguna decisión judicial, aun en Inglaterra, haya sido alguna vez tan automática como ésta. Más bien, las interpretaciones estigmatizadas como automáticas han derivado a veces de la convicción de que es más justo adoptar, respecto de una ley que impone sanciones penales, un significado que resultará obvio para el hombre ordinario, al precio incluso de dejar a un lado otros valores, y esto importa en sí un criterio de conveniencia social (aunque posiblemente un mal criterio); o más frecuentemente lo que es estigmatizado como "mecánico" y "automático" es una cierta elección hecha en realidad a la luz de un propósito social, pero de un propósito social conservador. Ciertamente muchas de las decisiones de la Suprema Corte de fines del siglo pasado que han sido así atacadas ³⁸, representan claras elecciones en el área de la penumbra con el objeto de llevar a la práctica una política de tipo conservador. Esto es particularmente aplicable a los votos que emitió el *justice* PECKHAM, al definir las esferas del poder de policía y del debido proceso ³⁹.

³⁸ Ver, por ej., POUND, *Mechanical jurisprudence*, "Columbia Law Review", t. 8, ps. 605, 615 y 616 (1908).

³⁹ Ver, por ej.: *Lochner vs. New York*, 198 U.S. 45 (1905). La opinión del *justice* PECKHAM de que no había fundamentos razonables para interferir con el derecho de libertad contractual determinando las

Pero cabe preguntar cómo de la afirmación de que es equivocado decidir casos en forma mecánica y automática y de que es correcto decidirlos por referencia a propósitos sociales, puede inferirse que la insistencia de los utilitaristas sobre la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser es errónea. Doy por sentado que ninguno que quisiera invocar estos vicios de formalismo como prueba de que la distinción entre lo que es y lo que debe ser es equivocada, negaría que las decisiones calificadas de automáticas son derecho; ni negaría que el sistema dentro del cual tales decisiones se dictan es un sistema jurídico. Diría seguramente, que son derecho, pero que son un derecho malo, que no debieran ser derecho. Pero esto sería simplemente usar la distinción, en lugar de refutarla; y por supuesto, tanto BENTHAM como AUSTIN la usaron para atacar a los jueces por no decidir los casos de la penumbra con arreglo a las crecientes necesidades de la sociedad.

Resulta claro que si la demostración de los errores del formalismo ha de servir para probar que la distinción de los utilitaristas es equivocada, el punto tiene que ser reformulado en forma drástica. En lugar de expresarlo diciendo que para que una decisión judicial sea racional ha de elaborarse a la luz de algunas concepciones de lo que debe ser, habría que decir que los objetivos, los criterios de conveniencia social y los propósitos a los cuales deben recurrir los jueces si sus decisiones han de ser racionales, deben ser considerados en sí como partes inte-

horas de trabajo en las tareas de un panadero, puede en verdad constituir una obcecada pieza de conservadorismo, pero no hay en ella nada de automático o mecánico.

grantes del derecho, en algún significado adecuadamente amplio de "derecho", que se reputa más esclarecedor que el que le asignan los utilitaristas. Esta reformulación del punto tendría la siguiente consecuencia: en lugar de afirmar que la aparición frecuente de cuestiones situadas en el área de penumbra demuestra que las reglas jurídicas son esencialmente incompletas, y que cuando no sirven para determinar una decisión los jueces se ven precisados a legislar y a ejercer así una elección creadora entre alternativas, diremos que los criterios de conveniencia social que guían la elección de los jueces están en un cierto sentido allí para ser descubiertos por ellos; que los jueces se limitan a "extraer" de la regla lo que, si se la entiende adecuadamente, está "latente" en ella. Llamar a esto legislación judicial es oscurecer alguna continuidad esencial entre los casos claros de aplicación de la regla y las decisiones en el área de la penumbra. Examinaré más adelante si este modo de hablar es plausible, pero deseo ahora señalar algo obvio que, si no se lo aclara, probablemente ha de confundir los problemas. Del hecho de que lo opuesto a una decisión alcanzada ciegamente según el estilo formalista o literalista es una decisión alcanzada inteligentemente por referencia a alguna concepción de lo que debe ser, no se sigue que estemos en presencia de una unión del derecho y la moral. Debemos tener cuidado, se me ocurre, de no pensar en forma demasiado simplista acerca de la expresión "debe ser". No es porque no exista distinción que formular entre el derecho que es y el derecho que debe ser. Lejos de ello. Es porque la distinción ha de trazarse entre lo que es y lo que, desde muy diferentes puntos de vista, debe ser.

La expresión "debe ser" refleja meramente la presencia de algún patrón para la crítica; uno de estos patrones es el moral, pero no todos los patrones son morales. Decimos a nuestro vecino "no debes mentir" y esto puede ser, por cierto, un juicio moral, pero hay que recordar que el envenenador frustrado puede decir, "Debí haberle dado una segunda dosis". El punto es éste: las decisiones inteligentes que oponemos a las mecánicas o formales no son necesariamente idénticas a las decisiones que pueden ser defendidas con fundamentos morales. Podemos decir de muchas decisiones: "Sí, está bien; es lo que debe ser", y significar con ello simplemente que algún propósito o algún criterio aceptados ha recibido de esa manera aplicación, sin proponernos abonar la corrección moral del criterio o de la decisión. El contraste entre la decisión mecánica y la decisión inteligente puede así ser reproducido dentro de un sistema dedicado a perseguir los fines más perversos. No es un contraste que aparezca únicamente en los sistemas jurídicos que, a semejanza del nuestro, reconocen con amplitud los principios de justicia y las pretensiones morales de los individuos.

Un ejemplo puede aclarar esto. Entre nosotros la tarea de dictar sentencia en los casos criminales es la que más obviamente parece exigir de los jueces la aplicación de criterios morales. Aquí los factores a ser ponderados parecen ser claramente de índole moral: la sociedad no debe estar expuesta a ataques injustificados; no debe extremarse el castigo sobre el delincuente ni sobre sus familiares; deben hacerse esfuerzos para capacitarlo para llevar una vida mejor y reconquistar una posición en la sociedad cuyas leyes ha violado. Un juez que trate de ni-

velar la balanza entre estos reclamos, con todos los márgenes de discreción y las perplejidades implicadas, verá en su tarea un claro ejemplo de la aplicación de criterios morales; y esa tarea parece hallarse en una oposición polar con alguna aplicación mecánica de una tarifa de penalidades en la que una sentencia se dicta sin reparar en las exigencias morales que en nuestro sistema deben ser pesadas. Aquí las decisiones inteligentes están guiadas, por incierta que sea la guía, por objetivos morales. Pero basta con cambiar el ejemplo para ver que esto no es necesariamente así en todos los casos, y si realmente no es necesariamente así en todos los casos, entonces el punto de vista de los utilitaristas permanece en pie. Bajo el régimen "nazi" los hombres eran condenados por los tribunales por haber criticado el sistema imperante. Aquí la elección de la sentencia podía estar guiada exclusivamente por consideraciones sobre lo que era menester para preservar con efectividad la tiranía del Estado. ¿Qué sentencia conseguirá intimidar a la población y, al mismo tiempo, mantener a los amigos y a la familia del prisionero en la incertidumbre de modo que la esperanza y el temor cooperen en tanto que factores para obtener obediencia? El prisionero de un sistema tal será considerado simplemente como un objeto a ser utilizado en procura de estos fines. Sin embargo, en contraste con una decisión mecánica, la decisión sobre estas bases será inteligente y orientada hacia un propósito, y desde un especial punto de vista la decisión será lo que debe ser. Por supuesto no ignoro que toda una tradición filosófica ha tratado de demostrar que no es correcto hablar de decisiones o de conducta

verdaderamente racional si éstas no están de acuerdo con objetivos y principios morales. Pero el ejemplo que acabo de utilizar, me parece que sirve por lo menos como una prevención de que no podemos invocar los errores del formalismo como algo que demuestra *per se* la falsedad de la insistencia de los utilitaristas en la distinción entre el derecho que es y el derecho que *moralmente* debe ser.

Podemos volver ahora al punto principal. Si es verdad que la decisión inteligente de las cuestiones que están situadas en la zona de penumbra no se hace en forma mecánica, sino a la luz de propósitos, objetivos y criterios de conveniencia, aunque no necesariamente a la luz de algo que deba ser llamado principio moral, ¿es sensato expresar este importante hecho diciendo que debemos abandonar la firme distinción de los utilitaristas entre el derecho que es y el derecho que debe ser? Quizá la pretensión de que es sensato hacerlo no puede ser teóricamente refutada, porque ella es, en efecto, una invitación a revisar nuestro concepto de lo que es una regla jurídica. Se nos invita aquí a incluir en la "regla" los criterios de conveniencia y finalidades a la luz de los cuales se deciden casos situados en su zona de penumbra, y ello en razón de que estas finalidades tienen, por su importancia, tanto título a ser llamadas "derecho" como el núcleo de reglas jurídicas de significado establecido. Pero aunque una invitación no puede ser refutada, puede ser rehusada, y yo daría dos razones para no aceptar esta invitación. Primero, todo cuanto hemos aprendido acerca del proceso judicial puede ser expuesto de otro modo menos misterioso. Podemos decir que las leyes padecen de una incurable insuficiencia y

que tenemos que decidir racionalmente los casos de la zona de penumbra teniendo en mira finalidades sociales. Pienso que HOLMES, que tan vívidamente apreció el hecho de que "las proposiciones generales no deciden los casos concretos" se habría expresado de aquella manera. Segundo, insistir en la distinción de los utilitaristas es subrayar que el núcleo fijo de significado establecido es derecho en un sentido de algún modo centralmente importante, y que si bien hay fronteras, no todo es zona de fronteras. Si esto no fuera así, la noción de reglas que controlan las decisiones de los tribunales carecería de sentido, tal como pretenden —pienso que con malos fundamentos— algunos de los realistas, ubicados en actitudes extremas⁴⁰.

En oposición a esto, atenuar la distinción, afirmar misteriosamente que existe alguna identidad confusa entre el derecho que es y el derecho que debe ser, es sugerir que todas las cuestiones jurídicas son fundamentalmente semejantes a aquellas situadas en la zona de penumbra.

⁴⁰ En el presente contexto es digna de ser recordada una retractación de esta posición extrema. En la primera edición de *The bramble bush*, el profesor LLEWELLYN prestó adhesión total al punto de vista de que "lo que estos órganos hacen respecto de las controversias es, a mi entender, el derecho mismo", y de que "las reglas... son importantes en la medida en que ayudan... a predecir lo que harán los jueces... Ésta es toda su importancia, salvo como juguetes vistosos" (LLEWELLYN, *The bramble bush*, ps. 3 y 5, 1ª ed., 1930). En la segunda edición dice que éstas son "palabras poco felices si no se las explicita más plenamente, y constituyen, en el mejor de los casos, sólo una versión muy parcial de la verdad completa... Una función del derecho es controlar en alguna medida a los órganos, y guiarlos aun... cuando no sea posible o deseable un control cabal... Las palabras no llegan a hacerse cargo adecuadamente... de la función de la institución del derecho como regulación consiguiente" (LLEWELLYN, *The bramble bush*, p. 9, 2ª ed., 1951).

Es afirmar que no hay ningún elemento central del derecho vigente que pueda ser visto como un núcleo de significado central de las reglas, que en la naturaleza de una regla no hay nada incompatible con que *todas* las cuestiones estén abiertas a reconsideración a la luz de criterios de conveniencia social. Por supuesto que corresponde que nos ocupemos de la penumbra. Sus problemas son, justificadamente, la dieta diaria de las facultades de derecho. Pero ocuparnos de la penumbra es una cosa, y dejarnos obsesionar por ella es cosa distinta. Y la obsesión con la penumbra es, si puedo decirlo así, una fuente tan rica de confusión en la tradición jurídica norteamericana como lo es el formalismo en la tradición jurídica inglesa. Por supuesto podríamos abandonar la noción de que las reglas están dotadas de autoridad; podríamos dejar de atribuir fuerza o incluso significado a la alegación de que un caso está claramente comprendido por una regla y por un precedente. Podríamos calificar a todos estos razonamientos de "automáticos" o "mecánicos", calificativos que ya se endilgan a diario a los tribunales. Pero mientras no decidamos que esto es lo que queremos, no debemos fomentarlo borrando la distinción de los utilitaristas.

IV

La tercera crítica a la separación del derecho y la moral es de naturaleza muy diferente; más que un argumento teórico contra la distinción de los utilitaristas, es una exhortación apasionada que no se sustenta en un razonamiento analítico sino en los recuerdos de una

tremenda experiencia. Porque consiste en el testimonio de quienes descendieron al infierno, y, como Eneas o Dante, vuelven con un mensaje para los seres humanos. Sólo que en este caso el infierno no estaba debajo o más allá de la tierra sino sobre la tierra; era un infierno creado por hombres para otros hombres.

Esta exhortación proviene de aquellos pensadores alemanes que vivieron bajo el régimen "nazi" y meditaron sobre sus atroces manifestaciones en el sistema jurídico. Uno de estos pensadores, GUSTAV RADBRUCH, incluso había profesado la doctrina "positivista" hasta la tiranía "nazi", pero esta experiencia lo convirtió. De ese modo, su alegato contra la doctrina de la separación del derecho y la moral tiene la particular viveza de una retractación. Lo que importa en esta crítica es que ella aborda en realidad exactamente el punto que BENTHAM y AUSTIN tenían en mira al abogar por la separación entre el derecho que es y el derecho que debe ser. Estos pensadores alemanes insisten en la necesidad de unir lo que los utilitaristas habían separado, precisamente donde esta separación tenía la máxima importancia a los ojos de los últimos, ya que éstos se interesaron por el problema que plantea la existencia de leyes moralmente malas.

Antes de su conversión RADBRUCH sostenía que la resistencia a las leyes es una cuestión de conciencia individual, un problema moral, y que la validez de una ley no puede cuestionarse probando que sus exigencias son moralmente malas, ni probando siquiera que los efectos del acatamiento a ella serían más dañosos que los de la desobediencia. AUSTIN, debemos recordarlo, puso especial

énfasis en condenar como un "puro sinsentido" la afirmación de que las leyes dejan de ser leyes si se hallan en contradicción con los principios fundamentales de la moral.

"Las leyes más perniciosas y en consecuencia aquellas que más abiertamente contradicen la voluntad de Dios, han sido y son continuamente aplicadas por los tribunales de justicia. Suponed que un acto inocuo, o positivamente beneficioso, es prohibido por el soberano bajo pena de muerte; si realizo este acto, seré juzgado y condenado, y si impugno la sentencia como contraria a la ley de Dios... el tribunal de justicia demostrará la falta de pertinencia de mi razonamiento ahorcándome, por aplicación de la ley cuya validez yo he impugnado. Desde la creación del mundo hasta el presente jamás se ha hecho lugar en un tribunal de justicia a una excepción, defensa o alegación fundada en la ley de Dios"⁴¹.

Éstas son palabras fuertes, en verdad brutales, pero debemos recordar que a ellas se unía —en el caso de AUSTIN Y, por supuesto, en el de BENTHAM— la convicción de que si las leyes alcanzaban cierto grado de iniquidad, entonces existía un manifiesto deber moral de resistirlas y de retirarles obediencia. Veremos más adelante, cuando consideremos las alternativas, que esta presentación simple del dilema humano que puede surgir es digna de encomio.

De la facilidad con que el régimen "nazi" se apropió de la obediencia al mero derecho —que, pensaba RADBRUCH, se expresa en el *slogan* positivista "el de-

⁴¹ AUSTIN, *The province of jurisprudence determined*, p. 185, Library of Ideas, ed. 1954.

recho como derecho" (*Gesetz als Gesetz*) —y de la actitud pasiva de los alemanes frente a las enormidades que se les exigía que perpetraran en nombre del derecho, aquel autor infirió que el positivismo (que significa aquí la insistencia en la separación entre el derecho que es y el derecho que debe ser) había contribuido poderosamente a esos horrores. Sus consideradas meditaciones le condujeron a la doctrina de que los principios fundamentales de la moral humanitaria son parte del concepto de *Recht* o legalidad, y de que ninguna norma positiva por clara que sea su formulación y por manifiesta que aparezca su conformidad con el criterio formal de validez de un sistema jurídico dado, puede ser válida si contraviene principios morales básicos. Esta doctrina únicamente puede ser apreciada con plenitud si se captan los matices que lleva consigo la palabra alemana *Recht*. Pero resulta claro que la doctrina significa que los abogados y los jueces deben rehusarse a prestar acatamiento a las leyes que violan principios fundamentales, no por ser meramente inmorales o equivocadas, sino por no tener carácter jurídico, y las normas que por esto carezcan de la cualidad de derecho no deben ser tomadas en consideración para determinar la posición jurídica de un individuo dado en circunstancias particulares. Infortunadamente, la llamativa retractación de su doctrina previa, es omitida en la traducción inglesa de las obras de RADBRUCH, pero todos aquellos que deseen pensar de nuevo en el problema de las interconexiones entre el derecho y la moral debieran leerla⁴².

⁴² Ver RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und Ubergesetzliches Recht*, en "Süddeutsche Juristen-Zeitung", p. 105, Alemania, 1946. Republicado

Es imposible no ver con simpatía el apasionado reclamo de RADBRUCH de que la conciencia jurídica alemana sea sensible a los dictados de la moral y su queja de que esto ha ocurrido pocas veces en la tradición alemana. Por otra parte, importa una extraordinaria ingenuidad sostener que la insensibilidad a las exigencias de la moral y la obediencia al poder del Estado han surgido, en un pueblo como el alemán, de la creencia de que el derecho puede ser derecho aunque no se conforme con requerimientos mínimos de la moral. Esta terrible historia, más bien, impulsa a investigar por qué el énfasis en el *slogan* "el derecho es el derecho", y la distinción entre el derecho y la moral, adquirieron un carácter siniestro en Alemania, mientras que en otras partes, como ocurrió con los propios utilitaristas, coincidieron con las actitudes liberales más esclarecidas. Pero en toda la presentación que trae RADBRUCH de los problemas a que da lugar la existencia de leyes moralmente inicuas, hay latente algo más perturbador que la ingenuidad. No es, pienso, falta de caridad decir que podemos ver en el razonamiento de RADBRUCH que éste ha asimilado sólo a medias el mensaje espiritual del liberalismo que trata de transmitir a los juristas. Porque todo lo que RADBRUCH dice presupone en realidad una enorme sobrevaloración de la importancia del hecho desnudo de que se pueda decir de una regla que es una regla válida de derecho, en RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, p. 347, 4ª ed., 1950. He utilizado las traducciones de este ensayo y del ensayo del mismo autor *Die Erneuerung des Rechts*, publicado en "Die Wandlung", t. 2, p. 8 (Alemania, 1947), preparadas por el profesor LON FULLER de la Harvard Law School como suplemento mimeografiado de los materiales usados en su curso de *Jurisprudence* en Harvard.

como si esto, una vez declarado, suministrara una respuesta concluyente a la decisiva pregunta moral: "¿Debo obedecer esta regla de derecho?". Por supuesto que la respuesta verdaderamente liberal a cualquier uso siniestro del *slogan* "el derecho es el derecho" o de la distinción entre derecho y moral, es la siguiente: "Muy bien, pero esto no pone fin a la cuestión. El derecho no es la moral; no permitamos que la reemplace".

La apreciación del alegato de RADBRUCH no se reduce, empero, a una mera cuestión académica. Después de la guerra la concepción de RADBRUCH, de que el derecho contiene en sí el principio moral esencial del humanitarismo, fue llevada a la práctica por los tribunales alemanes en ciertos casos en los que fueron condenados criminales de guerra locales, espías y delatores bajo el régimen nazi. Estos casos revisten importancia especial, porque los acusados de aquellos crímenes sostuvieron que lo que ellos habían hecho no era ilegal de acuerdo con las leyes en vigor al tiempo en que esas acciones fueron cometidas. En respuesta a esta defensa se sostuvo que las leyes invocadas eran inválidas por ser contrarias a fundamentales principios de la moral. Permitidme que cite brevemente uno de estos casos⁴³.

⁴³ Sentencia del 27 de julio de 1949, Oberlandesgericht, Bamberg, "Süddeutsche Juristen-Zeitung", t. 5, p. 207 (Alemania, 1950); "Harvard Law Review", t. 64, p. 1005, 1951. Ver FRIEDMANN, *Legal theory*, p. 457, 3ª ed., 1953.

No he modificado el texto tal cual fue originalmente escrito, aunque el Dr. H. O. Pappé de la Australian National University ha demostrado en su artículo *On the validity of judicial decisions in the Nazi era* ("Modern Law Review", t. 23, p. 260, año 1960) que la versión del caso publicada en la "Harvard Law Review", t. 64, que seguí es equivo-

En 1944 una mujer que quería deshacerse de su marido lo denunció a las autoridades por haber formulado observaciones injuriosas sobre Hitler, mientras se encontraba en su casa, en uso de licencia otorgada por el ejército alemán. La mujer no estaba obligada por la ley a denunciar al marido, aunque lo que éste había dicho aparentemente violaba ciertas leyes que calificaban de delito formular manifestaciones perjudiciales al gobierno del Tercer Reich o disminuir u obstaculizar por cualquier medio la defensa militar del pueblo alemán. El marido fue arrestado y condenado a muerte, por aplicación —párese— de esas leyes, aunque no fue ejecutado sino enviado al frente. En 1949, la mujer fue procesada en un tribunal de Alemania Occidental por un delito que nosotros llamaríamos “privación ilegal de la libertad” (*recht sridrige Freiheitsberaubung*). Esto estaba previsto como delito por el Código Penal alemán de 1871, que había permanecido en vigor continuamente desde su sanción. La mujer alegó que la prisión del marido estaba de acuerdo con las leyes “nazis” y que, por lo tanto, ella no había cometido ningún delito. El tribunal de apelaciones al que

ca. Como muestra el Dr. Pappe, en el caso tal como se dio, el tribunal alemán, tras aceptar la posibilidad teórica de que las leyes pueden ser inválidas si contradicen el derecho natural, decidió que las leyes nazis en examen no podían ser consideradas como violatorias de aquél; la acusada fue declarada culpable de haber privado ilegítimamente de la libertad a su marido, puesto que no tenía el deber de denunciarlo sino que lo hizo por razones puramente personales y tuvo que darse cuenta de que al proceder así actuaba, en las circunstancias, “en forma contraria a la sana conciencia y sentido de justicia de todos los seres humanos decentes”. De acuerdo con esto, el caso que se examina en el texto tiene que ser considerado como hipotético. Recomendamos el cuidadoso análisis que el Dr. Pappe hace de una decisión de la Suprema Corte alemana en un caso similar (*op. cit.*, p. 268).

el caso finalmente llegó, declaró a la mujer culpable de provocar la privación de la libertad de su marido denunciándolo a los tribunales alemanes, aun cuando éste hubiera sido condenado por haber violado una ley, ya que, para citar las palabras de la corte, “dicha ley era contraria a la sana conciencia y al sentido de justicia de todos los seres humanos decentes”. Esta línea de razonamiento fue seguida en muchos casos, que han sido celebrados como un triunfo de la doctrina del derecho natural y como una señal del derrocamiento del positivismo. La satisfacción incondicional ante este resultado me parece histeria. Muchos de nosotros podríamos aplaudir el propósito —castigar a una mujer por un acto abiertamente inmoral—, pero a esto se pudo llegar sólo mediante la declaración de que una ley establecida desde 1934, carecía de fuerza de ley, y el buen sentido de esta línea de fundamentación resulta, por lo menos, dudoso. Había, por supuesto, dos alternativas más. Una de ellas era absolver a la mujer; se puede comprender y sostener el punto de vista de que ésta quizá hubiera sido una mala solución. La otra alternativa era enfrentar el hecho de que para condenar a la mujer había que aplicar una ley francamente retroactiva, con plena conciencia de lo que se sacrificaba al asegurar la condena por esta vía. Por odiosas que sean las leyes y las sanciones penales retroactivas, haberlas aplicado abiertamente en este caso habría tenido al menos los méritos de la sinceridad. Habría puesto en claro que para condenar a la mujer era menester optar entre dos males, el de absolverla y el de sacrificar un principio moral muy precioso incorporado a la mayor parte de los sistemas jurídicos. Por supuesto

que si hemos aprendido algo de la historia de la moral, es que la reacción adecuada frente a un conflicto de ese tipo es no ocultarlo. Las situaciones en que la vida nos fuerza a elegir entre el menor de dos males deben ser asidas, como las ortigas, con la conciencia de que son lo que son. El defecto de este uso del principio de que, en ciertos puntos límites, lo que es totalmente inmoral no puede ser derecho o lícito, es que servirá para enmascarar la verdadera naturaleza del problema que enfrentamos, y favorecerá el optimismo romántico de que todos los valores que estimamos terminarán por ensamblarse en un sistema único, sin que ninguno de ellos tenga que ser sacrificado o comprometido para dar cabida a otro.

"All discord harmony not understood,

All partial evil universal good"

Esto es, por cierto, falso, y hay falta de sinceridad en cualquier formulación que nos permita describir el tratamiento del dilema como si fuera la solución de un caso ordinario.

Puede parecer quizá que es darle demasiada importancia a las formas, incluso quizá a las palabras, destacar un modo de resolver la dificultad en comparación con otro que hubiera conducido, en lo que hace a la suerte de la mujer, a exactamente el mismo resultado. ¿Por qué entonces dramatizar las diferencias entre ellos? Podríamos castigar a la mujer de acuerdo con la nueva ley retroactiva y declarar abiertamente que estamos haciendo algo inconsistente con nuestros principios como mal menor entre dos males; o podríamos permitir que el caso pasara como uno en el cual no señalamos dónde pre-

cisamente sacrificamos tal principio. Pero la sinceridad no es simplemente una entre muchas virtudes menores de la administración del derecho, del mismo modo que no es una virtud menor en la moral. Porque si adoptamos el punto de vista de RADERTUCH, y con él y con los tribunales alemanes formulamos nuestra protesta contra las leyes atroces diciendo que ciertas leyes no pueden ser derecho por su iniquidad moral, oscurecemos una de las formas más poderosas, porque es la más simple, de crítica moral. Si hablamos con claridad como los utilitaristas, diremos que las leyes pueden ser derecho aunque sean demasiado malas para ser obedecidas. Ésta es una condena moral que todos pueden entender, y que hace un llamado inmediato y obvio a la atención moral. Si, por el contrario, formulamos nuestra objeción diciendo que estas cosas atroces no son derecho, ésta es una afirmación que muchos no creerán, y que aunque estén dispuestos a darle crédito, les parecerá que suscita una multitud de disputas filosóficas antes de poder ser aceptada. Así, quizá, la lección individual más importante que puede aprenderse de esta negativa a aceptar la distinción de los utilitaristas, es aquella que éstos estaban más interesados en enseñar: cuando disponemos de los amplios recursos del lenguaje claro, no debemos exponer la crítica moral de las instituciones como proposiciones de una filosofía discutible.

V

He tratado de demostrar que, a pesar de todo lo que ha sido aprendido y experimentado desde que los utilitaristas escribieron, y a pesar de los defectos de otras

partes de su doctrina, su protesta contra la confusión de lo que es y lo que debe ser en derecho tiene tanto un valor moral como un valor intelectual. Puede muy bien señalarse, sin embargo, que, aunque esta distinción sea válida e importante si se la aplica a cualquier norma particular de un sistema, es por lo menos equívoca si intentamos aplicarla al "derecho", esto es, a la noción de un sistema jurídico, y que si insistimos, como lo he hecho, en la verdad más angosta (o verdad trillada), oscurecemos una verdad más amplia o más profunda. Después de todo, se nos puede decir, hemos aprendido que hay muchas cosas que son falsas acerca de las normas tomadas separadamente, pero que son verdaderas e importantes en un sistema jurídico considerado como un todo. Por ejemplo, la conexión entre el derecho y las sanciones, y entre la existencia del derecho y su "eficacia" tiene que ser comprendida de esta manera más general. Por cierto no es sostenible (a menos que operemos una extensión desesperada del alcance de la palabra "sanción" o un estrechamiento artificial del alcance de la palabra "derecho"), que toda norma en un sistema jurídico estatal tiene que tener una sanción, y sin embargo, es por lo menos plausible sostener que un sistema jurídico, para ser tal, tiene que establecer sanciones para algunas de sus normas. Así también, se puede decir que una regla de derecho existe aunque sea aplicada u obedecida solamente en una minoría de casos, pero no puede decirse lo mismo de un sistema jurídico como un todo. Quizá las diferencias respecto de las leyes tomadas separadamente y un sistema jurídico considerado como un todo, también valen para la conexión entre las concepciones morales (o

algunas otras) de lo que el derecho debe ser y el derecho en este sentido más amplio.

Esta línea de argumentación aparece, por lo menos en forma embrionaria, en AUSTIN, en la parte en que el nombrado llama la atención sobre el hecho de que todos los sistemas jurídicos desarrollados contienen ciertas nociones fundamentales que son "necesarias" y están "ancladas en la naturaleza común del hombre"⁴⁴. Entiendo que vale la pena seguirla —hasta cierto punto— y trataré de decir brevemente por qué y hasta dónde esto es así.

Hay que evitar, si se puede, el estéril despilfarro de definiciones inapropiadas, porque, en relación con un concepto tan polifacético y vago como el de un orden jurídico, las discusiones acerca del carácter "esencial" o necesario para el todo de algún elemento singular comienzan muy pronto a asemejarse a las disputas acerca de si el ajedrez podría ser "ajedrez" si se lo jugara sin peones. Existe un comprensible deseo de disolver en simples afirmaciones de hecho el problema de si un orden jurídico, para ser un orden jurídico, tiene que adecuarse a un *standard* moral o de otro tipo: por ejemplo, que nunca ha existido un sistema en que esa adecuación haya faltado por completo, y que un sistema tal no podría subsistir; o que la suposición normalmente verificada de que un orden jurídico se propone realizar alguna forma de justicia, colorea todo el modo de interpretar las reglas específicas, en los casos particulares, y si esta suposición

⁴⁴ AUSTIN, *Uses of the study of jurisprudence*, en *The province of jurisprudence determined*, ps. 365, 373, 367 a 369, Library of Ideas, ed. 1954.

que normalmente concuerda con los hechos, no concuerda con ellos, nadie tendría razón alguna para obedecer, excepto el miedo (y probablemente tampoco ésa), y mucho menos aún, por supuesto, ninguna obligación moral de obedecer. La conexión entre el derecho por un lado, y los *standards* morales y los principios de justicia por otro, es tan poco arbitraria y tan "necesaria", como la conexión entre el derecho y las sanciones. Podemos decirle a los filósofos el inocente pasatiempo de elucidar si esta necesidad es lógica (parte del "significado" del derecho) o simplemente fáctica o causal.

Sin embargo, quisiera avanzar un poco en dos aspectos (aun cuando ello implique recurrir a una fantasía filosófica) y mostrar qué es lo que inteligiblemente puede entenderse por la pretensión de que ciertas provisiones en un sistema jurídico son "necesarias". El mundo en que vivimos y quienes vivimos en él pueden cambiar un día de muchas maneras diferentes; y si este cambio fuera lo suficientemente radical, no sólo algunas afirmaciones de hecho que son ahora verdaderas pasarían a ser falsas y viceversa, sino que también caducarían íntegros modos de pensar y de hablar, que constituyen nuestro aparato conceptual de hoy, a través del cual vemos al mundo y a los demás. Basta con pensar cómo la totalidad de nuestra vida social, moral y jurídica, tal como la entendemos, depende del hecho contingente de que aunque nuestros cuerpos cambian en forma, tamaño y otras propiedades físicas, no lo hacen tan drásticamente ni con tal increíble rapidez e irregularidad que no podamos identificarnos los unos a los otros como el mismo individuo que persiste a través de prolongados espacios de tiempo. Aunque

esto no es más que un hecho contingente que puede un día ser distinto, sobre él descansan hoy enormes estructuras de nuestro pensamiento y principios de acción y de la vida social. Del mismo modo consideremos la siguiente posibilidad (no porque sea más que una posibilidad sino en razón de que revela por qué pensamos que ciertas cosas son necesarias en un sistema jurídico y qué es lo que queremos decir con esto): supongamos que los hombres llegarán a hacerse invulnerables al ataque de otros hombres, que estuvieran protegidos, quizá como gigantes cangrejos de tierra, por una caparazón impenetrable, y que pudieran extraer del aire el alimento que necesitan mediante algún proceso químico interno. En tales circunstancias, cuyos pormenores corresponden a la "ciencia-ficción", las reglas que prohíben el uso de la violencia y las reglas que constituyen la forma mínima de propiedad —con los derechos y deberes suficientes para que los alimentos puedan crecer y ser guardados antes de su consumo— no tendrían el *status* necesariamente no arbitrario que tienen para nosotros, tal como estamos constituidos en un mundo como éste. En la actualidad, y mientras no sobrevengan cambios tan drásticos, esas reglas son tan fundamentales, que si estuvieran ausentes en un sistema jurídico carecería de objeto que éste tuviera ninguna otra. Tales reglas se superponen con principios morales básicos que prohíben el homicidio, la violencia y el robo; y podemos agregar así a la afirmación fáctica de que todos los sistemas jurídicos coinciden de hecho con la moral en esos puntos vitales, la afirmación de que ello es, en este sentido, necesariamente así. ¿Y por qué no denominarla una necesidad "natural"?

Por supuesto, aun esto depende del hecho de que al preguntarnos por el contenido necesario de un orden jurídico, sólo asignamos importancia a la pregunta si alentamos el humilde designio de sobrevivir en proximidad estrecha con nuestros semejantes. La teoría del derecho natural, sin embargo, en todos sus proteicos ropajes, intenta llevar el argumento mucho más allá y afirma que los seres humanos están igualmente entregados y unidos en una concepción de propósitos que exceden la finalidad de supervivencia (la búsqueda del conocimiento, la justicia para sus semejantes, etc.) y que ellos imponen un contenido necesario adicional a un sistema jurídico (por encima de mi humilde mínimo) sin el cual éste carecería de razón de ser. Por supuesto hay que tener cuidado de no exagerar las diferencias entre los seres humanos, pero me parece que por encima de este mínimo, los propósitos que tienen los hombres para vivir en sociedad son demasiado encontrados y variables como para hacer posible extender mucho el argumento de que alguna superposición más plena de las reglas jurídicas y de los *standards* morales es "necesaria" en este sentido. Hay otro aspecto del tema que merece atención. Si adscribimos a un sistema jurídico el significado mínimo de que ha de consistir en reglas generales —generales tanto en el sentido de que se refieren a cursos de conducta, no a acciones individuales, como en el sentido de que aluden a multiplicidades de hombres, no a este o aquel individuo—, este significado connota el principio de tratar de la misma manera a los casos semejantes, aunque los criterios para determinar cuándo los casos son semejantes sean hasta aquí sólo los elementos generales especificados

en las reglas. Es verdad, sin embargo, que *un* elemento esencial del concepto de justicia es el principio de tratar de la misma manera a los casos semejantes. Esto es justicia en la administración del derecho, no justicia del derecho. Hay así, en la noción misma del derecho como consistente en reglas generales, algo que nos impide tratarlo como si desde el punto de vista moral fuera totalmente neutro, sin ningún contacto necesario con los principios morales. La justicia procesal natural está formada, por lo tanto, por aquellos principios de objetividad e imparcialidad en la administración del derecho que complementan exactamente este aspecto de él, y que tienden a garantizar que las reglas sean aplicadas solamente a aquellos casos genuinamente comprendidos en ellas o, al menos, a reducir al mínimo los riesgos de desigualdad en este sentido.

Estas dos razones (o excusas) para aludir a una cierta superposición entre los *standards* jurídicos y morales como cosa necesaria y natural, no han de satisfacer, por supuesto, a nadie que esté realmente inquieto ante la insistencia de los utilitaristas o "positivistas" de que el derecho y la moral son algo distinto. Ello es así porque un sistema jurídico sin dejar de satisfacer estos requerimientos mínimos podría, con la más pedante imparcialidad, aplicar leyes terriblemente opresivas, y podría denegar los beneficios mínimos de la protección frente a la violencia y al robo a una enorme población cautiva, privada de derechos. El horror de tales sociedades está, después de todo, todavía muy vivo en nosotros, y sostener que ellas carecen (o carecían) de sistema jurídico sólo importa repetir el argumento. Únicamente si las re-

glas no llegasen a proveer estos beneficios esenciales y esta protección para ninguno —ni aun para el grupo de esclavizadores— el mínimo estaría no satisfecho y el sistema descendería al *status* de un conjunto de tabús sin sentido. Por supuesto que ninguna persona privada de aquellos beneficios tendría razón alguna para obedecer, excepto el miedo, y todas las razones morales para rebelarse.

VI

Sería menos que ingenuo si no considerara, para concluir, algo que, sospecho, es lo que más perturba a aquellos que reaccionan enérgicamente contra el "positivismo jurídico". El énfasis en la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser puede ser considerado como algo que presupone y obliga a adoptar las teorías llamadas "subjetivistas" y "relativistas", o "no cognoscitivas" acerca de la naturaleza de los juicios morales, de las distinciones morales, o de los "valores". Por supuesto, los propios utilitaristas (que se distinguen en esto de positivistas ulteriores como Kelsen) no sostuvieron tales teorías, por insatisfactoria que su filosofía moral nos pueda parecer ahora. AUSTIN pensaba que los principios morales últimos eran los mandamientos de la ley de Dios, conocidos por nosotros por revelación o a través del "índice" de utilidad, y BENTHAM pensaba que eran proposiciones verificables acerca de la utilidad. Sin embargo, yo creo (aunque no lo puedo probar) que la insistencia en la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser ha sido confundida, bajo el rótulo general de

"positivismo", con una teoría moral de acuerdo con la cual los juicios acerca de lo que es el caso ("juicios de hecho") pertenecen a una categoría o tipo radicalmente diferente de los juicios sobre lo que debe ser ("juicios de valor"). Puede ser conveniente, por ende, disipar esta fuente de confusión.

Hay muchas variantes contemporáneas de este tipo de teoría moral: de acuerdo con algunas, los juicios sobre lo que debe ser, o sobre lo que debe hacerse, son o incluyen como elementos esenciales expresiones de "sentimiento", "emoción", o "actitudes" o "preferencias subjetivas"; para otras, tales juicios expresan sentimientos o emociones o actitudes y no pueden ser compartidos por los demás. Para otras variantes, dichos juicios indican que un caso particular cae bajo un principio general o criterio de acción que quien emite el juicio ha "elegido" o en relación con el cual está "comprometido", y que no es en sí un reconocimiento de lo que es el caso sino algo análogo a un "imperativo" general o a una orden dirigida a todos, incluido el autor mismo del juicio. Común a todas estas variantes es la insistencia de que los juicios acerca de lo que debe hacerse no pueden, porque contienen estos elementos no cognoscitivos, ser sostenidos o establecidos por métodos racionales, a diferencia de lo que ocurre con los juicios de hecho. Tampoco podemos inferirlos de juicios de hecho, sino solamente de otros juicios sobre lo que debe hacerse, en conjunción con algún juicio de hecho. De acuerdo con tal teoría no podemos demostrar, por ejemplo, que una acción es mala, que no debía haber sido hecha, señalando simplemente que consistió en la deliberada imposición de un sufrimiento a otro para la

simple gratificación del agente. Sólo podemos demostrar que era mala si añadimos a aquellos juicios "cognoscitivos" verificables de hecho, un principio general en sí no verificable o "cognoscitivo" que expresa que la imposición de sufrimiento en tales circunstancias es una mala acción, una acción que no debe hacerse. Conjuntamente con esta distinción general entre los juicios de lo que es y de los juicios de lo que debe ser se dan distinciones paralelas entre los juicios sobre medios y los juicios sobre fines morales. Racionalmente podemos descubrir y discutir cuáles son los medios apropiados para fines dados, pero los fines no son racionalmente descubribles ni discutibles, ellos son "fiats de la voluntad", expresiones de "emociones", "preferencias" o "actitudes".

En contra de todos estos puntos de vista (que son por supuesto mucho más sutiles que lo que este tosco examen puede exponer) otros sostienen que todas estas distinciones tajantes entre lo que es y lo que debe ser, entre el hecho y el valor, entre los medios y los fines, entre los elementos cognoscitivos y los no cognoscitivos, están equivocadas. Al reconocer fines últimos o valores morales estamos reconociendo algo tan impuesto sobre nosotros por el carácter del mundo en que vivimos, tan poco materia de elección, actitud, sentimiento o emoción, como la verdad de los juicios de hecho sobre lo que es el caso. En la discusión moral caracteriza los participantes no se limitan a expresar o a inflamar sentimientos, o a emitirse recíprocas exhortaciones u órdenes, sino que llegan a reconocer después de conienzudo examen y reflexión que un caso inicialmente disputado cae dentro del ámbito de un principio vagamente aprehendido (que no

es en sí más "subjetivo", más "fiat de la voluntad" que cualquier otro principio de clasificación), y esto tiene título a ser llamado "cognoscitivo" o "racional" como cualquier otra clasificación de particulares inicialmente controvertida.

Supongamos ahora que aceptamos este rechazo de las teorías "no cognoscitivas" de la moral y esta negación de la distinción drástica entre los juicios sobre lo que es y sobre lo que debe ser, y que sostenemos que los juicios morales son tan racionalmente defendibles como cualquier otra clase de juicios. ¿Qué se seguiría de esto en relación con la naturaleza de la conexión entre el derecho que es y el derecho que debe ser? Por cierto que de esto solo nada. Las normas jurídicas, aunque fueran moralmente inicuas, continuarían (en la medida en que este punto está en juego) siendo normas jurídicas. La única diferencia que traería aparejada la aceptación de este punto de vista acerca de la naturaleza de los juicios morales, sería que la iniquidad moral de tales normas es algo que puede ser demostrado; de una proposición acerca de lo que la regla exige que se haga se inferiría que la regla es moralmente mala y que por lo tanto no debiera ser derecho, o a la inversa, que es moralmente buena y que debiera ser derecho. Pero la demostración de esto no probaría que la regla no es, o es, derecho. La prueba de que los principios por cuyo medio aprobamos o desaprobamos las leyes son racionalmente descubribles y no constituyen meros "fiats de la voluntad", deja intacto el hecho de que hay normas jurídicas que pueden contener cualquier grado de iniquidad o de torpeza y, no obstante ello, ser normas jurídicas. Y a la inversa, que hay reglas que gozan de todas

las calificaciones morales para ser normas jurídicas y que sin embargo no lo son.

Seguramente habría que decir algo más o ser más específicos si es que el rechazo de la postura "no cognoscitiva" o teorías éticas análogas ha de ser relevante para la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser, y conducir al abandono de algún punto o algún deberlitamiento de esta distinción. Nadie ha hecho más que el profesor LON FULLER de la Harvard Law School en sus diversos escritos para aclarar tal línea de discusión. Terminaré con una crítica de lo que considero su punto central. Es un punto que de nuevo aparece cuando consideramos, no aquellas reglas jurídicas o partes de ellas, cuyos significados son claros y no suscitan debate, sino la interpretación de reglas en casos concretos en los que hay dudas iniciales y controversia sobre su significado. En ningún sistema jurídico el alcance de las reglas está restringido al conjunto de los elementos concretos que estaban presentes, o se cree que estaban presentes, en la mente de los legisladores; ésta es en verdad una de las diferencias importantes que existen entre una regla jurídica y una orden. Sin embargo, cuando con conciencia de ello las reglas se aplican a ejemplos que van más allá de lo que los legisladores consideraron o pudieron haber considerado, su extensión a casos nuevos se presenta a menudo no como una elección deliberada o un "fiat" de aquellos que así interpretan la regla. No aparece como una decisión de dar a la regla un significado nuevo o extendido, ni como una conjetura de lo que los legisladores, quizá muertos en el siglo XVIII, hubieran dicho, de estar vivos, en el siglo XX. Más bien, la inclusión del

nuevo caso bajo la regla toma su lugar como una elaboración natural de ésta, con algo que complementa un "pósito" que parece natural atribuir (en algún sentido) a la regla misma más bien que a cualquier persona viva o muerta. La descripción de los utilitaristas, que hablaban de "legislación judicial" para aludir a esa extensión interpretativa de las viejas reglas a los casos nuevos, no hace justicia a este fenómeno; no suministra índice de las diferencias que existen entre un deliberado fiat o decisión de tratar el nuevo caso en la misma manera que los casos pasados, y un reconocimiento (en el cual poco hay que sea deliberado o aun voluntario) de que la inclusión del caso nuevo bajo la regla, implementará o articulará un propósito idéntico y continuo hasta aquí menos específicamente aprehendido.

Quizá muchos abogados y jueces verán en este lenguaje algo que se adecúa precisamente a su experiencia; otros pueden pensar que es una glosa romántica de hechos que están mejor expresados con el lenguaje utilitarista de la "legislación judicial" o con la moderna terminología norteamericana de la "elección creadora".

Para hacer el punto claro el profesor FULLER usa un ejemplo no jurídico tomado del filósofo WITTGENSTEIN que, pienso, echa luz sobre el tema:

"Alguien me dice: «Enséñele un juego a los chicos». Les enseño a jugar a los dados, y el otro dice: «Yo no me referí a ese tipo de juegos». ¿Debe la exclusión del juego de dados haber estado presente en su mente cuando él me dio la orden?"⁴⁵.

⁴⁵ FULLER, *Human purpose and natural law*, 53 "J. Philos." 697 y 700, 1956.

Me parece que este ejemplo toca algo importante. Quizá se den en él los siguientes puntos que pueden ser distinguidos. Primero, normalmente interpretamos tanto lo que la gente se propone hacer como lo que dice, a la luz de objetivos humanos comunes presupuestos, de modo que a menos que lo contrario esté expresamente indicado, no interpretaremos una instrucción de enseñarle un juego a un chico como un mandato de introducirlo en el mundo del juego por dinero, aun cuando en otros contextos la palabra "juego" pueda ser naturalmente interpretada así. Segundo, muy a menudo, aquel cuyas palabras son así interpretadas puede decir: "Sí, esto es lo que quiero significar (o "a eso me refería"), aunque nunca pensé en ello hasta que Ud. me puso este particular ejemplo". Tercero, cuando nosotros reconocemos así, quizá después de discusiones o de consultas con otros, que un caso particular no específicamente contemplado de autemano cae dentro del ámbito de alguna instrucción vagamente expresada, podemos ver que esta experiencia resulta falsificada por la descripción de ella en términos de una mera decisión nuestra de tratar así el caso particular, y que sólo podemos describir esto con fidelidad como algo que viene a realizar y a articular lo que "realmente" queremos o nuestro "verdadero propósito", frases que el profesor FULLER usa más tarde en el mismo artículo ⁴⁶.

Estoy seguro de que muchas controversias filosóficas acerca del carácter del razonamiento moral se beneficiarían atendiendo a los casos del tipo ejemplificado por el profesor FULLER. Tal atención ayudaría a proveer un

⁴⁶ Ídem, ps. 701 y 702.

correctivo al punto de vista de que existe una separación aguda entre "fines" y "medios" y de que al discutir "fines" podemos influir en otros sólo en forma no racional, ya que el argumento racional se reserva para la discusión de "medios". Pero pienso que la relevancia de este punto para el problema acerca de si es correcto o prudente insistir en la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser es en verdad muy pequeña. Su efecto neto es que al interpretar las reglas jurídicas existen algunos casos que después de haber reflexionado se nos presentan como una elaboración o articulación tan natural de la regla, que concebimos o referimos a ellos como "legislación", "creación de derecho" o "fiat" de nuestra parte, sería equívoco. Así, según este argumento, sería equívoco distinguir en tales casos entre lo que la regla es y lo que debe ser, por lo menos en algún sentido de deber ser. Pensamos que debe incluir el caso nuevo y llegamos a ver, después de reflexionar, que realmente es así. Pero aun cuando se admita esta manera de presentar una experiencia verificable como un ejemplo de fusión entre el *es* y el *debe ser*, es menester formular dos prevenciones. La primera, es que el "deber ser" en este caso no tiene por qué estar relacionado con la moral, dadas las razones expuestas ya en la sección III: puede significar simplemente que un nuevo caso implementará y articulará el propósito de un precepto en la interpretación de las reglas de un juego o de algún código opresivo horriblemente inmoral, cuya inmoralidad es apreciada por aquellos encargados de interpretarlo. También ellos pueden ver lo que el "espíritu" del juego exige en casos previamente no contemplados. Más importante es esto:

después de todo, no debemos olvidar cuán raro es en el derecho el fenómeno llamado a justificar este modo de hablar, cuán excepcional es este sentimiento de que una manera de decidir los casos se nos impone como la única elaboración natural o racional de alguna regla. No puede caber duda, por supuesto, de que para la mayor parte de los casos de interpretación, hablar de elección entre alternativas, de "legislación judicial" o aun de "fiat" (aunque no de fiat arbitrario) es hacerse cargo mejor de la realidad de la situación.

Dentro del cuadro de un derecho relativamente bien establecido, chocan entre sí demasiadas alternativas parejas en atracción, entre las cuales el juez y el abogado deben elegir con incertidumbre su camino, para que sea apropiado aquí un lenguaje que quizá pueda describir adecuadamente aquellas experiencias que tenemos al interpretar principios de conducta, intenciones o deseos, propios o ajenos, cuando no tenemos conciencia de estar ejerciendo una elección deliberada sino, más bien, de estar reconociendo algo que espera reconocimiento. Usar en la descripción de la interpretación de las normas jurídicas, la sugerida terminología de una fusión o inseparabilidad, de lo que es y lo que debe ser derecho, sólo servirá (como otras historias más antiguas de que los jueces sólo declaran y nunca crean el derecho) para ocultar que aquí, como en todas partes, estamos rodeados de incertidumbres entre las que tenemos que elegir, y que el derecho existente sólo impone límites a nuestra elección, y no la elección misma.

¿HAY DERECHOS NATURALES?¹

Sostendré la tesis de que si hay derechos en el campo moral, entonces se sigue de allí que hay por lo menos un derecho natural, a saber, el derecho igual de todos los hombres a ser libres. Al decir que hay este derecho, quiero significar que en ausencia de ciertas condiciones especiales, compatibles con que el derecho sea un derecho igual, todo ser humano adulto, capaz de elección, 1) tiene el derecho de que todos los demás se abstengan de ejecutar actos coercitivos o restrictivos en su perjuicio, salvo para oponerse a la coerción o a la restricción; y 2) está en libertad de ejecutar cualquier acción (es decir, no tiene el deber de abstenerse de ella) que no constituya coerción ni restricción, ni esté dirigida a dañar a otras personas².

¹ STUART HAMPSHIRE me estimuló inicialmente a seguir esta línea de pensamiento y, por caminos distintos, he llegado a una conclusión semejante a la suya.

² Me temo que sea necesaria una explicación adicional sobre la intrincada terminología de la libertad. El concepto de *coerción* cubre, además del impedir a una persona que haga lo que quiera, el hacer, mediante amenazas, que sus posibilidades de elecciones sean menores; el concepto de *restricción* (*restraint*) alude a toda acción dirigida a hacer imposible el ejercicio de la elección, y así incluye el matar o someter a esclavitud a una persona. Pero ni la coerción ni la restricción