

LAPORTA, Francisco. “Ética y Derecho en el pensamiento contemporáneo”. En:
CAMPS, Victoria (ed.), *Historia de la ética, vol III*.
Barcelona: Crítica, 2007, pp. 221-238.

- Phillips, D. Z., *Death and Immortality*, Londres, 1970.
- Prichard, H. A., «Does Moral Philosophy Rest on a Mistake», en *Moral Obligation*, Oxford, 1949.
- Prior, A. N., *Logic and the Basis of Ethics*, Oxford, 1949.
- Rescher, N., *La primacía de la práctica*, Madrid, 1980.
- , *Logic of Commands*, Londres, 1966.
- Stevenson, Ch. L., *Ethics and Language*, New Haven, 1944. Hay trad. al castellano en Buenos Aires, 1971.
- , *Facts and Values*, New Haven, 1963.
- Toulmin, S., *El puesto de la razón en la ética*, Madrid, 1979.
- Tugendhat, E., *Problemas de la ética*, Barcelona, 1988.
- , *Vorlesungen zur Einführung in die Sprachanalytische Philosophie*, Frankfurt, 1976.
- Warnock, G. J., *La ética contemporánea*, Barcelona, 1968.
- Wittgenstein, L., *Tractatus Logico-Philosophicus*, Madrid, 1957.
- , *Investigaciones filosóficas*, Barcelona, 1988.
- , «A Lecture on Ethics», *Philosophical Review*, 74 (1965).
- , «Bemerkungen über Frazer's The Golden Bough», *Synthese*, 17 (1967).

NOTAS

1. Una exposición simple es ésta: parece que $A=B$ sólo es verdadero si $A=A$. Y si $A=A$ no hemos dicho nada a no ser una vacía tautología.
2. Dicho de otra manera: confunde el *es* atributivo con el *es* de la identidad. Porque el placer *sea* bueno (*es* atributivo) no se sigue que lo bueno *sea* (*es* de identidad) lo placentero.
3. La versión que hemos dado de Hare se corresponde más con su época inicial. Es probable que a tenor de lo que expone en *Moral Thinking*, donde su prescriptivismo es más atenuado y la atención se desplaza a las consecuencias, habría que matizar las objeciones que hemos presentado.

FRANCISCO J. LAPORTA

ÉTICA Y DERECHO EN EL PENSAMIENTO CONTEMPORÁNEO

Hace ya bastantes años, en 1897, Oliver Wendell Holmes (1841-1935), un juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos célebre por sus frecuentes desacuerdos con los fallos mismos del tribunal, hacía una advertencia singular que merece la pena detenerse a comentar. Decía: «El Derecho está lleno de fraseología tomada a préstamo de la Moral, y por la simple fuerza del lenguaje nos invita continuamente a pasar de un dominio al otro sin percibirlo, invitación que no sabremos resistir a menos que tengamos permanentemente en cuenta la línea fronteriza entre ambos conceptos» (Holmes, p. 19). El juez norteamericano registraba algo que es, en efecto, evidente. El derecho utiliza profusamente términos como 'deber', 'obligación', 'responsabilidad', 'culpa', 'malicia', etc., que son, sin duda, muy característicos del lenguaje moral. Y no sólo eso. El derecho tiene también la costumbre secular de apelar a nociones como 'justicia', 'libertad' o 'bienestar general' que, por su propia naturaleza, parecen pertenecer igualmente al ámbito de la ética. Todo ello acompañado además por un utillaje de emblemas y representaciones revestido de un ceremonial característicamente solemne, que casi se diría «sacro»: símbolos, ritos, togas, pelucas, estrados..., cosas todas ellas que, naturalmente, suelen provocar en el lego una sensación de perplejidad, respeto y extrañamiento.

Ese lenguaje, esas apelaciones a grandes valores, esa puesta en escena, son familiares para todos. Lo que sorprende en la adverten-

cia de Holmes es que de hecho nos inste a rechazar todo ello y a tener buen cuidado en deslindar con claridad una presunta «línea fronteriza» entre la ética y el derecho. Las coincidencias terminológicas o la liturgia judicial nos invitan en efecto a atribuir un cierto valor o una cierta importancia moral al mundo del derecho, pero ¿por qué resistir la invitación? ¿Se trata en realidad de una 'invitación'? ¿Es ese lenguaje un 'préstamo' terminológico o es, por el contrario, algo consustancial al propio derecho? ¿Está el derecho constituido por componentes morales que le sirven de fundamento y de los que ni su lenguaje ni su mismo fin pueden prescindir? Estas y otras cuestiones cercanas a ellas son las que vamos a tratar de desenmarañar a lo largo de estas páginas presentando un panorama aproximado y sencillo de algunos de los problemas más importantes que esconden inadvertidamente y en torno a los cuales el pensamiento jurídico contemporáneo debate constantemente (Lyons, 1986).

1. LA IDENTIDAD DEL DERECHO

Porque el caso es que durante muchos siglos el derecho ha sido entendido como un segmento importante aunque sectorial del espacio general de la ética. De hecho, hasta que Bentham (1748-1831) no estableció la diferenciación entre lo que llamó «jurisprudencia expositiva» y «jurisprudencia censoria» no se empezó a abrir paso en el pensamiento moderno la idea de que el derecho que *es* o *ha sido* no tiene por qué coincidir con el derecho que *debe ser* o *debería haber sido*. Con anterioridad a esa aportación, y en no escasa medida también con posterioridad, se ha adscrito al derecho una dimensión moral muy definitoria que ha lastrado profundamente al lenguaje jurídico con un aire emocional muy cercano al que transporta consigo la noción de 'justicia'. Sólo a lo largo del siglo XIX se va expandiendo la conciencia representada en esa distinción de Bentham y es eso lo que explica seguramente la recelosa posición del juez Holmes.

Si, haciendo caso omiso de la sugerencia benthamiana, concebimos el derecho como un conjunto de enunciados normativos cuyo contenido es moral, entonces es imposible que podamos recurrir a la distinción entre el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*.

Es decir, que en ese caso cualquier enunciado jurídico, por el mero hecho de serlo, transporta consigo una justificación moral interna, o lo que es lo mismo, no sólo *es* derecho, sino que es el derecho que *debe ser*. Pero esto es muy difícil de aceptar. Cualquier somera ojeada a la historia nos demuestra que, muy al contrario, con las normas jurídicas se han cometido todo género de iniquidades. El derecho ha sido a veces y, con lamentable frecuencia, sigue siendo en parte, decididamente inmoral.

Pero ¿qué significa eso? Pues sencillamente que aquello que *define* al derecho, aquello que identifica como jurídica a una norma jurídica *no* es un determinado componente ético o una cualidad moral. Pues bien, esta sencilla conclusión ha supuesto para la teoría jurídica un profundo desafío en cuya solución ha estado ocupada durante todo el siglo XX: dar cuenta satisfactoriamente del fenómeno del derecho sin recurrir para ello a ingredientes morales de tipo alguno. ¿Qué es el derecho, qué son las normas jurídicas si no vehiculan ningún mensaje moral? Y siendo así, ¿dónde obtiene su presunta fuerza de obligar? ¿Cómo es posible entonces que sea «vinculante»?

Si hay algún pensador contemporáneo que puede personificar por sí y a lo largo de toda su obra una tiránica voluntad de dar una respuesta satisfactoria a esas cuestiones ése es, sin duda, Hans Kelsen (1881-1973), jurista austríaco, fundador de lo que se llamó en tiempos «Escuela de Viena», y que en 1940, amenazado por el huracán del nazismo, tuvo que fijar su residencia en Estados Unidos. Kelsen es, por derecho propio, el punto ineludible de referencia de toda la teoría jurídica del siglo XX, y lo es precisamente porque al construir la respuesta a esos interrogantes pone en pie un esqueleto argumental destinado a presentar al derecho como una estructura formal que se explica como jurídica desde sí misma, sin recurrir a ingredientes sociales empíricos ni a rasgos ideológicos o morales de tipo alguno; una teoría «pura» para dar cuenta del derecho en estado «puro».

Repitiendo en su enfoque la sugerencia de Bentham, Kelsen, desde las primeras palabras de su obra fundamental (Kelsen, 1960), afirma con toda claridad que su teoría es un intento de «... dar respuesta a la pregunta de qué es el derecho y cómo es, pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho debe ser o debe ser hecho». Y, para él, el derecho es un universo de normas *válidas*

interrelacionadas que organizan la aplicación de actos *coactivos* a determinadas conductas humanas. Esto supone que toda su teoría gira en torno a la tentativa de conferir a la noción de *validez* de las normas un significado estrictamente jurídico, es decir, un significado que no esté impregnado de consideraciones empírico-sociales ni de connotaciones ideológicas y morales. Respecto de la desvinculación de las normas jurídicas válidas de cualquier connotación moral, Kelsen es extremadamente claro:

... la validez de un orden jurídico positivo es independiente de su correspondencia, o de su falta de correspondencia, con cierto sistema moral ... la validez de las normas jurídicas positivas no depende de su correspondencia con el orden moral (Kelsen, 1960, pp. 80-81).

La posición de Kelsen a este respecto se entiende mejor si se piensa que para él los enunciados morales no son susceptibles de justificación racional ni de fundamentación científica; son irremediabilmente irracionales y puramente subjetivos. Frente a ellos las normas jurídicas tienen que estar dotadas de una dimensión objetiva de validez que posibiliten su fuerza general en una determinada sociedad. Para establecer ese significado objetivo estrictamente jurídico de la noción de validez es para lo que se elabora toda la *teoría pura del derecho*. Según esa teoría una norma jurídica sólo *existe* si es *válida*, y es *válida* cuando ha sido creada de conformidad con un procedimiento previsto por otra u otras normas jurídicas válidas. Éstas serían a su vez válidas por la misma razón: una norma superior les habría conferido su validez. Y sucesivamente, ascendiendo por una estructura normativa de forma piramidal, llegaríamos así a una primera norma o Constitución que sería el depósito de validez jurídica de toda la pirámide normativa. Pero ¿por qué es válida esa Constitución? En este punto Kelsen afirma que hemos de suponer que por encima de esa norma se da una Norma Hipotética Fundamental que es presupuestamente válida y condición de posibilidad de la validez de todo el sistema jurídico: una condición lógico-trascendental sin la cual es imposible el conocimiento del derecho positivo como derecho válido y la validez misma de ese derecho.

Esa norma fundamental tiene sin embargo una expresión empírica: el acatamiento generalizado del sistema jurídico. Cuando un

orden jurídico ve a sus normas efectivamente obedecidas y aplicadas, es decir, cuando un orden jurídico es generalmente eficaz, entonces es un orden jurídico válido. Aunque Kelsen afirma que la 'eficacia' o 'efectividad' es *condición* de la 'validez' del orden jurídico, sería, en mi opinión, más riguroso con su propia teoría decir que la efectividad de un orden es la 'expresión empírica' de su validez, porque Kelsen mismo insiste siempre en sostener que la validez de las normas está más allá de su efectiva aplicación o acatamiento, es anterior a ella. Sobre todo si interpretamos la noción kelseniana de 'validez' como equivalente a 'obligatoriedad' o 'fuerza vinculante' de las normas, lo que es un tema que se ha prestado a cierta discusión (Calsamiglia, 1977, y Nino, 1985), y la noción de 'eficacia' como equivalente al *hecho* de que las normas sean tenidas por vinculantes y, en consecuencia, sean obedecidas y aplicadas. Kelsen traicionaría sus propios postulados si afirmara que del *hecho* de que unas normas sean tenidas por vinculantes se podría derivar el que sean vinculantes, es decir, válidas. Por el contrario, mantendría la coherencia de su teoría si lo que afirmara fuera que las normas son consideradas vinculantes (efectividad) *porque* son realmente vinculantes (validez).

Pero si esta versión es correcta el precio que tiene que pagar por la coherencia es el de cometer una petición de principio: Kelsen trata de decirnos que para poder considerar a las normas jurídicas como normas válidas, es decir, como normas dotadas de fuerza vinculante, debemos asumir o presuponer que son válidas, que están dotadas de fuerza vinculante, que es precisamente lo que trataba de demostrar. En efecto, la formulación que nos ofrece de la norma hipotética fundamental, es decir, de aquella norma que hemos de presuponer para entender el derecho positivo como derecho válido, reza así: «Se debe obedecer la Constitución», pero si nuestro empeño consiste precisamente en establecer el significado de *validez* y validez es equivalente a vinculatoriedad, o lo que es lo mismo, a deber de obediencia, entonces lo que estamos buscando es exactamente una respuesta a la pregunta de por qué se debe obedecer la Constitución y Kelsen nos dice simplemente que al hablar de derecho válido presuponemos que debe obedecerse y no podemos ir más allá.

Siguiendo una particular inclinación de los neokantianos, Kelsen lamentaba que Kant no hubiera aplicado en sentido riguroso

el método de la *Crítica de la razón pura* al mundo de la moral y el derecho. Consideraba esto como una clara incoherencia de Kant, y su teoría es también una propuesta de saldar esa incoherencia estableciendo el conocimiento práctico conforme a los parámetros de la razón pura kantiana. Para ello acude a la formulación de una categoría lógico-trascendental, paralela a la categoría de «causalidad», que denomina «imputación»: *si A, debe ser B*, y que cumple en la teoría de Kelsen el mismo papel que las categorías cumplen en la filosofía kantiana del conocimiento. ¿Cómo es posible el conocimiento del derecho?, se pregunta Kelsen. Y responde: porque la categoría «imputación» es un parámetro universal de conocimiento que se presupone en el empleo cotidiano de los enunciados jurídicos empíricos. Y esa categoría expresa un «deber ser», un *sollen*, pero no un «sollen» axiológico, sino un «sollen» lógico-trascendental sin el que sería imposible el conocimiento del derecho positivo empírico como derecho válido. La Norma Hipotética Fundamental no es sino la formulación de ese «deber ser» presupuesto.

El error de Kelsen se origina, en mi opinión, aquí. Porque una categoría lógico-trascendental puede ser en todo caso condición de posibilidad del *conocimiento* de las proposiciones del derecho, es decir, podría ser un instrumento apto para la *descripción* correcta de las normas jurídicas, pero en ningún caso implicaría la *aceptación* de las mismas como válidas. Kelsen mismo diferencia entre «enunciado jurídico» (*Rechtsatz*) y norma jurídica (*Rechtsnorm*). El primero sería un enunciado por medio del cual la *ciencia* jurídica describe su objeto: las normas; mientras que la segunda sería una proposición del lenguaje jurídico con significado y funciones claramente *prescriptivas*. Pero cuando habla de la «imputación» como un 'sollen' lógico no añade a su lado un 'sollen' axiológico paralelo, sino que pretende que en él se dé al mismo tiempo una condición de posibilidad del conocimiento y una condición de posibilidad de la vinculatoriedad. Pero ello no es coherente, y por eso mismo la construcción kelseniana, que constituye una presentación descriptiva acabada y grandiosa de lo que es un orden jurídico, no es capaz sin embargo de dar cuenta de la característica validez o fuerza vinculante que tienen las normas con ella descritas.

Y por lo que respecta al tema que nos ocupa, me parece que puede decirse que Kelsen no acierta a definir conceptualmente de un modo diferenciado la moral y el derecho, porque, en sentido

estricto, tanto un orden jurídico positivo como un conjunto coordinado de principios y reglas morales pueden ser descritos siguiendo su método: mediante la presuposición de una norma básica a partir de la cual y con ciertas reglas de transformación podrían obtenerse por derivación todas las demás. Si el derecho puede presentarse de un modo axiomático, seguramente también puede hacerlo la moral. Sin embargo Kelsen no acepta esto: incomprensiblemente atribuye siempre un *sentido objetivo* a las conductas jurídicas y un *sentido subjetivo* a las conductas morales. La 'objetividad' de las primeras se obtiene mediante su cualificación por normas jurídicas *válidas*, mientras que para las segundas no hay objetividad posible porque la moral es, como hemos dicho, irremediabilmente irracional, subjetiva. Pero no está nada claro que la teoría de Kelsen permita llevar a cabo satisfactoriamente esa rotunda distinción.

Recurrir a la 'efectividad' del conjunto de normas tampoco nos permitiría llevar a cabo tal distinción, porque una moralidad positiva puede ser, y de hecho es con cierta frecuencia, tan eficaz como un derecho positivo. Por eso, para intentar esa diferenciación e identificar con ello autónomamente al derecho, Kelsen acaba por recurrir a un componente de las normas jurídicas que no es estrictamente hablando «lógico-formal». Su teoría había pretendido ser una «geometría» del fenómeno jurídico en el sentido de que trataba de dar cuenta del derecho al margen del contenido de las normas, pero a la hora de diferenciarlo de otros sistemas normativos se ve obligado a recurrir al componente de «fuerza», de «coacción» que identifica al derecho frente a ellos. En último término toda norma jurídica podría ser reducida al esquema siguiente: «Si se da la condición A, entonces debe producirse el acto coactivo B». El derecho aparece entonces como una técnica normativa específica de control social que se ocupa de organizar las condiciones bajo las que se aplica la fuerza. Kelsen, siguiendo la idea de Max Weber, ve el derecho y el Estado (cosas que son por cierto para él identificables) como órdenes que pretenden el uso de la fuerza en régimen de monopolio. A diferencia de la moral, el derecho es, por definición, un orden de coacción organizada, lo que quiere decir que sus normas incorporan la coacción como contenido. Pero esto suscita algunos problemas ulteriores para el concepto de «validez» como vinculatoriedad u obligatoriedad. Sabemos desde Kant que la fuerza motivacional de una exigencia moral no puede residir en la coac-

ción que se aplica a quien la defrauda, sino en la obligación moral misma. De acuerdo con ello, «validez» no puede significar, en Kelsen, obligatoriedad moral, sino otro tipo de obligatoriedad. Kelsen trata de buscar a las obligaciones jurídicas un fundamento extramoral, un fundamento jurídico en sentido estricto, pero parece que su indagación desemboca simplemente en una apelación a una «validez» presunta que no puede dar cuenta satisfactoriamente de una vinculatoriedad específica del derecho. Con su teoría de la norma fundamental articula un instrumento que tiene sobre todo funciones cognoscitivas: confiere unidad y sistematicidad al derecho, señala qué normas pertenecen y qué normas no pertenecen al sistema, etc., pero «validez» no parece significar en Kelsen simple pertenencia al sistema, sino algo más. O bien significa fuerza vinculante, o bien significa aceptación generalizada. En este segundo caso, la validez no pasa de ser sino la existencia empírica de pautas de uso organizado de la fuerza, pero ello no nos dice nada sobre la justificación de tales pautas y por tanto no nos dice nada sobre su obligatoriedad, su «validez» en el primer sentido. Pero si validez en este primer sentido denota obligatoriedad o fuerza de vincular, entonces parecemos abocados a dar una fundamentación moral a las normas jurídicas. Kelsen, por tanto, ha fracasado.

1.1. *La realidad y el derecho*

Si Kelsen es el punto de referencia ineludible del pensamiento jurídico contemporáneo lo es, entre otras cosas, porque su indagación fracasada muestra ante nosotros con toda claridad los dos caminos de la teoría del derecho del siglo xx: la descripción científica de la identidad del derecho en términos empíricos, y la incógnita abierta de la fuerza vinculante de las normas jurídicas. Empezaremos por recorrer el primero de ellos.

El enfoque empirista del derecho tenía, por cierto, una gran tradición en el mundo anglosajón y sus orígenes canónicos pueden retrotraerse a la teoría del derecho de Bentham y de su discípulo John Austin (1790-1859), una figura también inevitable en las discusiones actuales. Austin, que hasta 1827 había sido un abogado prácticamente desconocido, es animado por el grupo de los benthamianos a desarrollar la nueva disciplina de «Jurisprudence» en la

recién creada Universidad de Londres. Imbuido de la perspectiva de Bentham y con cierta influencia del pensamiento jurídico del incipiente conceptualismo alemán, Austin va a desarrollar una teoría del derecho que es muy sencilla pero también muy eficaz. Las normas jurídicas —dice— son «imperativos», «mandatos», emanados de un «soberano» y dirigidos a los «súbditos» en el seno de una «sociedad política independiente». Un «mandato», a su vez, es la expresión de un deseo de que alguien haga u omite algo acompañado del anuncio de un daño en el caso de que tal deseo no sea satisfecho. Para Austin el hecho de estar sometido a una amenaza tal de daño si no se realiza la acción deseada es equivalente a estar «vinculado», «obligado» por el mandato, o lo que es lo mismo, estar bajo el «deber» de obedecerlo (Austin, 1832, pp. 13-14). Este tipo de deseos imperativos y coactivos son las normas jurídicas de una comunidad, siempre y cuando emanen de un soberano en una sociedad política independiente. Y existe una sociedad política independiente cuando un grupo de individuos, llamados «súbditos», tienen el hábito de obedecer los mandatos de otro individuo, llamado «soberano», que, a su vez, no obedece a ningún otro superior. Los mandatos del soberano a los súbditos son las normas jurídicas, el derecho de esa sociedad.

Como vemos Austin no introduce en su descripción del derecho ningún ingrediente moral. Puede dar cuenta del mundo jurídico en términos puramente descriptivos. Y ello porque había heredado de Bentham la clara diferenciación entre lo que el derecho *es* y lo que el derecho *debe ser*. El derecho *es* ese conjunto de mandatos del soberano y, por tanto, no tiene ninguna conexión *necesaria* con el orden moral; ni con el orden moral histórico («moralidad positiva», lo llama Austin), ni con el orden moral ideal (justicia). Tales mandatos del soberano pueden ser perfectamente inmorales e injustos y no por ello dejan de ser normas jurídicas o derecho en sentido estricto. Y ello a pesar de que Austin fue uno de los primeros utilitaristas, es decir, alguien que a diferencia de la mayoría de los realistas posteriores pensaba que los enunciados morales eran cognoscibles y justificables. Para él, el criterio moral por excelencia era el principio de utilidad, y creía que los mandatos del soberano *debían* satisfacer las exigencias de ese principio. Pero si no lo hacían no perdían por ello su condición de normas de derecho. La idea que sostenían tanto él como Bentham era que si se cometía el error

de identificar el derecho con la moralidad, como lo hacían los partidarios de cierta idea del «derecho natural», se corría el riesgo de extender la percepción vulgar de que cualquier norma jurídica, por el mero hecho de serlo, estaba revestida de cierta dignidad ética, de forma que sólo por eso sería acreedora de una obediencia incondicional. Pero ellos eran «radicales», y su idea era que uno de los instrumentos inmediatos de crítica y perfeccionamiento del derecho positivo era precisamente someterlo a una confrontación con pautas morales externas a él. El derecho, seguramente, debería ser obedecido generalmente por razones de paz social, pero eso no significaba que no pudiera ser criticado severamente. Distinguirlo de la moralidad era una condición necesaria para poder llevar a cabo esa crítica.

La impronta de Austin ha marcado profundamente el pensamiento jurídico inglés y norteamericano hasta nuestros días, y sin embargo los movimientos teóricos que se han denominado a sí mismos como «realistas» en sentido estricto, pese a moverse en sus mismas coordenadas, han tenido una relación difícil e irregular con él. Todos ellos hacen suya la cláusula básica que separa el derecho que *es* del derecho que *debe ser*, pero unos por ser críticos con el conceptualismo de la jurisprudencia de Austin y otros por cuestionar su imperativismo, el caso es que casi todos pretenden distanciarse en algún punto de su pensamiento.

El realismo jurídico contemporáneo tiene una versión norteamericana, cuyo precedente fundamental es el mencionado juez Holmes, y una versión escandinava de mayor profundidad y alcance teórico (Hierro, 1981). Los realistas americanos se rebelan fundamentalmente contra el «formalismo» en la teoría del derecho y contra la idea decimonónica de que los jueces aplican mecánicamente normas jurídicas preestablecidas. El «formalismo», tal y como lo entendían los realistas americanos, era la pretensión, heredada de Austin, de que podía desarrollarse un conocimiento exhaustivo del derecho vigente mediante la construcción de conceptos jurídicos abstractos de carácter formal. Los realistas estimaban que esto llevaba a una ciencia jurídica logicista y axiomática que no tenía nada que ver con la *vida* real del derecho. Fuertemente influidos por la filosofía pragmatista americana mantenían una teoría de la verdad como éxito en la producción de los efectos queridos y una concepción fuertemente «predictivista» de la ciencia. La tarea de la ciencia jurí-

dica era la de predecir cómo iban a comportarse los tribunales ante los casos, porque el derecho en sentido estricto era lo que los tribunales de justicia determinaban. En el seno de ese movimiento, bastante difuso y ambiguo por cierto, cabe distinguir a los llamados ‘escépticos de las reglas’ (*rule-skeptics*), como Karl Llewellyn, y los ‘escépticos de los hechos’ (*fact-skeptics*), como Jerome Frank. Los primeros ponían en cuestión la idea de que los tribunales aplicaran normas jurídicas preestablecidas, porque, decían, los jueces distorsionan de tal modo el sentido de las reglas y de los precedentes que cabe decir que literalmente las reinventan para cada caso. Para ellos no existen criterios de interpretación que puedan conducirnos a obtener un significado preciso de las proposiciones jurídicas. Cada juez las utiliza a su manera, lo que es equivalente a decir que, en pura lógica, las reglas jurídicas no existen por encima de ellos. Los ‘escépticos de los hechos’ iban aún más lejos. Afirmaban que tampoco los hechos eran susceptibles de un establecimiento y determinación rigurosos: los medios de prueba, el procedimiento contradictorio, la sugestionabilidad de los jurados, etc., se confabulaban para presentar ante el juez una versión distorsionada, esperpéntica de los hechos. La mente del juez se encargaba de todo lo demás, y el resultado esta vez era la reinención de los hechos. En definitiva, el derecho aparecía ante los realistas como la suma de las decisiones que tomaban los jueces y tribunales, y la ciencia del derecho, si quería llamarse tal, sería aquel conjunto de conocimientos que nos permitiera *predecir* cómo se iban a comportar aquellos jueces y tribunales. Esto implicaba, evidentemente, una separación conceptual entre el derecho y la moral. Lo jurídico era simplemente aquello que se contenía en el fallo judicial, independientemente de su calidad moral. Los realistas americanos aceptaban que las convicciones morales y políticas de los jueces determinaban con frecuencia el sentido del fallo, pero, insistiendo en la distinción entre el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*, opinaban en su mayoría que no había criterios morales básicos capaces de identificar conceptualmente el derecho en cuanto tal. Incluso valores éticos que parecían estar implícitos en las normas jurídicas, tales como la seguridad o la certeza del derecho, no eran para ellos sino un puro espejismo. Las apelaciones a esa seguridad jurídica que parecía derivarse de la aplicación imparcial de normas preestablecidas se les antojaban disfraces para ocultar

a los ciudadanos el funcionamiento real del uso de la fuerza en la sociedad.

El realismo americano puso de manifiesto muchas mixtificaciones y tabúes que se escondían, y se esconden aún, en el uso cotidiano del lenguaje legal y desveló con frecuencia realidades ocultas tras la liturgia forense, pero su teoría del derecho era lamentablemente simplificadora. Los realistas escandinavos, por el contrario, desarrollaron una teoría amplia y profunda del derecho desde un punto de vista empírico. El fundador de la llamada «escuela de Uppsala», Axel Hägerström (1868-1939), es quizá la primera voz contemporánea que se alza críticamente contra la metafísica desde la perspectiva de un rígido empirismo. Para él, la realidad espacio-temporal sensible es el único test del conocimiento, y todos aquellos enunciados que no puedan ser reformulados en términos de esa realidad carecen de sentido. El lenguaje de la ética está en ese caso: los juicios de valor y, en general, las proposiciones morales son pura metafísica, no significan nada que pueda ser cognoscible. Este firme y precursor punto de vista les granjeó a Hägerström y a sus discípulos la reputación de «nihilismo moral» y un profundo prejuicio sectario contra sus aportaciones. Sin embargo su teoría del derecho y de la ciencia del derecho iba mucho más lejos de lo que conjeturaban sus críticos. Las más importantes corrientes del pensamiento jurídico europeo habían desembarcado en el siglo XX manteniendo la tesis, llamada convencionalmente «positivista», de que el derecho era simplemente un conjunto de normas emanadas de la voluntad de los órganos del Estado (el legislador, los jueces, etc.). Incluso el propio Kelsen cifraba también la aparición de una norma jurídica en la existencia previa de una voluntad. Hägerström criticó contundentemente esta teoría. Ni la idea de «voluntad del Estado» ni la de «voluntad del juez» o «voluntad de las partes» en los contratos era suficiente para explicar el funcionamiento del sistema jurídico y la vigencia de las normas. No había tales 'voluntades'; eran entidades metafísicas, y, cuando las había, ello no bastaba para dar cuenta de la realidad del derecho vigente. El sistema jurídico era una «máquina» de conformación de conductas y la ciencia del derecho tenía que describir el funcionamiento de esa máquina en términos de la realidad empírica. ¿Cómo podía reducirse a enunciados descriptivos una terminología que como la jurídica empleaba incesantemente expresiones como 'deber', 'obligación', 'derecho',

'responsabilidad', etc.? Vilhelm Lundstedt (1881-1955), catedrático de derecho civil en Uppsala y discípulo de Hägerström, asumió que todas esas presuntas 'entidades' eran, como afirmó su maestro, puro producto de la magia, «ideología de la justicia». De acuerdo con ello la tarea primordial del teórico era desahuciarlas de la terminología jurídica y reconstruir el lenguaje jurídico en términos de proposiciones empíricas, juicios técnicos y cálculos de fines-medios. Lundstedt fue precisamente quien en 1936 declaró abiertamente que el saber jurídico convencional de los juristas académicos no era científico. Fue esto quizá, junto a la mencionada acusación de «nihilismo», lo que determinó el desdén generalizado de la crítica hacia la escuela de Uppsala. De hecho, hasta que el filósofo inglés C. D. Broad no llamó la atención, en la década de los sesenta, sobre la importancia de los escritores de Uppsala, muchas de sus aportaciones eran prácticamente desconocidas fuera de sus respectivos países. Su conocimiento, por lo que respecta a la teoría del derecho, comenzó a generalizarse al mismo tiempo con las versiones inglesas de sus más importantes y maduros teóricos. Especialmente Karl Olivecrona y Alf Ross. Karl Olivecrona (1897-1980), catedrático de derecho procesal en Lund, publicó en 1939 una obra que lleva el significativo título *El derecho como hecho*. En ella se explicita ya con toda rotundidad la visión del derecho como una máquina de producción de reacciones psicológicas de obediencia en los ciudadanos. Los términos deónticos que aparecen en las leyes no hacen referencia a entidades de ningún tipo, ni transportan en sí ninguna vinculatoriedad intrínseca. Se trata simplemente de un conjunto de estímulos mentales que canalizan la actitud de acatamiento de los ciudadanos a la Constitución. El mero procedimiento ritual de aprobación y promulgación de las normas desencadena la tendencia mental a su obediencia que es administrada por la máquina del derecho. En este sentido las normas jurídicas no se diferencian de las normas morales sino en que aquéllas poseen un ceremonial muy específico para hacer su aparición y provocar sus efectos. En el fondo, ambos tipos de normas disfrutaban de la misma naturaleza: ser mecanismos de estimulación de la psicología de la conformidad, condicionamientos instrumentales para obtener la respuesta de acatamiento aprendida por los individuos a lo largo de su proceso de socialización. Si existe alguna diferencia entre ellas, aparte de la meramente ceremonial, es que las normas jurídicas tienen una misión especial que

no atañe a las normas morales: la organización de la fuerza física en la comunidad, el uso de la coacción social. Es esta una idea fecunda y de cierta eficacia heurística que se desarrollará más ampliamente en autores posteriores. En todo caso, ni de las normas morales ni tampoco de las jurídicas se desprende en la teoría de Olivecrona ninguna *validez* o *valor* en sentido fuerte, ninguna propiedad de vínculo que no sea la de una mera respuesta mental de los destinatarios que puede ser explicada en términos causales y en lenguaje descriptivo. Como en todo el movimiento del realismo jurídico, en el pensamiento de Olivecrona se da una invencible desconfianza hacia la significación específica del discurso ético, y en consecuencia, tampoco en él incorpora necesariamente el derecho ninguna señal de identidad moral.

1.2. *La experiencia del horror bajo un derecho inmoral*

La mayoría de las teorías jurídicas hasta ahora mencionadas tienen su nacimiento y primeros desarrollos en la primera mitad del siglo. Sin embargo, alcanzan su plenitud interna y su capacidad mayor de influencia después de la segunda guerra mundial. Esto sucede, por ejemplo, con las de Kelsen u Olivecrona. Es preciso por ello interrumpir ahora el relato secuencial de ese pensamiento para ocuparnos de lo que sucedió en torno a la guerra, porque las experiencias jurídicas y políticas que se vivieron alrededor de ella van a determinar una marcada intensificación de los perfiles básicos con que se contemplaba el problema de las relaciones entre derecho y moral.

Al margen de los claros testimonios que hemos observado, desde el siglo XIX se proyectaba sobre el pensamiento jurídico europeo una fuerte tendencia hacia la identificación del derecho por su origen estatal. A la subida de Hitler al poder la rutina mental jurídica dominante, con diversos matices, tendía a identificar el derecho con normas coactivas emanadas de la 'voluntad' del Estado. El 'soberano' de Austin reinaba en la jurisprudencia inglesa. El orden positivo del Estado constitucional en el resto de Europa. Pero el Tercer Reich alcanzó a conformar un 'Estado', un 'soberano' cuyos mandatos, cuyas normas, estaban en muchos casos impregnados de una repugnante inmoralidad. De acuerdo con esa men-

talidad jurídica dominante, aquello que emanaba de los órganos de la Alemania nazi era *Derecho*. Y ello por sí solo ponía de manifiesto con una crueldad inapelable que las leyes podían vehicular violaciones flagrantes de las exigencias éticas más elementales. Porque, en efecto, lo que se desconocía en muchas de aquellas normas jurídicas no eran opciones morales controvertibles sino convicciones profundas, casi universales, que parecían estar en la base misma de cualquier civilización humana posible. Esta experiencia de horror en la que coincidía tan estrechamente lo jurídico con lo inmoral supuso para la mentalidad de algunos juristas una conmoción indeleble. Y llevados inconscientemente por las connotaciones emocionales que suele arrastrar el término 'derecho' abandonaron sus presupuestos teóricos y se vieron irresistiblemente inclinados a rechazar como normas jurídicas aquellas cuyo contenido material tan vivamente repugnaba sus conciencias. Más aún, dieron un paso ulterior y cargaron una parte de la responsabilidad por aquellos horrores a la cuenta de la teoría del positivismo jurídico; es decir, la teoría que trataba de explicar el derecho al margen de los ingredientes morales. No sólo las normas emanadas del Reich, ni sólo los jueces que las aplicaron, también la teoría misma que las consideraba 'derecho' fue acusada a la ligera de propiciar la situación.

El positivismo —escribió Radbruch (1878-1949)— ha desarmado de hecho a los juristas alemanes frente a leyes de contenido arbitrario y delictivo ... Tenemos que armarnos contra el retorno de la arbitrariedad por medio de la superación *fundamental* del positivismo, que enervó toda capacidad de defensa contra el abuso de la legislación nacionalsocialista (Radbruch, 1946, pp. 35 y 41).

Las conclusiones del jurista alemán, que había sentido las heridas de esa conmoción intelectual, sobre las relaciones entre derecho y justicia (o, en nuestros términos, entre derecho y moral) están contundentemente expresadas en estos párrafos:

... donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto, sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica ... no se puede definir el derecho, aun el derecho positivo, de otra manera que como un orden o una institución que por su propio sentido está determinado a servir a la justicia.

De acuerdo con ello, para Radbruch el derecho nacionalsocialista «carece totalmente de naturaleza jurídica, no es un derecho tal vez injusto, sino que no es en absoluto derecho».

No puede excluirse que algunos positivistas del siglo XIX hayan mantenido alguna vez que las leyes positivas por el mero hecho de ser tales estén dotadas de una fuerza vinculante intrínseca, pero me parece que no es ese el mensaje que trata de transmitir el positivismo del siglo XX. Radbruch inicia su alegato afirmando que el principio positivista «la ley es la ley» significa directamente que toda ley es justa por ser ley y en consecuencia debe ser obedecida. Por eso pretende que para el positivismo jurídico la idea de «arbitrariedad legal» es una contradicción en los términos (p. 21). Pues bien, esto no es necesariamente cierto. Del principio «la ley es la ley» pueden darse interpretaciones muy variadas, pero creo que el positivismo moderno cuando acude a él (que acude, por cierto, muy escasamente) expresa únicamente la idea de que, desde el punto de vista *descriptivo*, el derecho o las normas jurídicas se identifican como tales a través de ciertas fuentes formales. No trata de ir más allá para afirmar la justificación de la autoridad de tales leyes, como parece desprenderse del uso que el nacionalsocialismo hizo de tal principio. Por eso el positivismo no tiene por qué concluir que la noción de arbitrariedad legal es una contradicción. Con las leyes se han hecho, se hacen y se harán todo género de arbitrariedades, incluidas las nacionalsocialistas. Pero el hecho de que sean leyes no implica que tengan alguna calidad moral ni que deban ser obedecidas.

El error de Radbruch al analizar el sistema jurídico nazi desde la perspectiva antipositivista es doble. Es en primer lugar un error en el conocimiento de la historia, porque ya hay suficientes evidencias para afirmar que el pensamiento jurídico del nacionalsocialismo era más bien iusnaturalista que positivista (Garzón Valdés, 1985). Pero también es un error interno en la apreciación del positivismo. Este segundo error puede detectarse limpiamente en este párrafo: El positivismo —escribe— no está en condiciones de fundar con sus propias fuerzas la validez de las leyes. Tal concepción cree haber demostrado la validez de la ley sólo con señalar el poder de su vigencia. Pero en el poder se puede quizá fundar un «tener que» (*müssen*) pero nunca un «deber» (*sollen*) o un «valer» (*gelten*). «Éstos —dice Radbruch— se fundan más bien en un valor inherente

a la ley» (p. 35). Ciertamente, si por validez de las leyes se entiende 'valor' en sentido fuerte, es decir, valor moral o valor de justicia, el positivismo no puede fundar la validez de las leyes. Pero como hemos visto en las peripecias intelectuales de Kelsen o, más claramente todavía, en las teorías empiristas del derecho, el positivismo evita deliberadamente tales pretensiones. Más bien la acusación de Radbruch podría haberse dirigido con más razón hacia el explícito escepticismo moral de que hicieron gala la mayoría de los positivistas hasta los años cincuenta. Lo que ellos trataban de construir era más bien un enfoque científico riguroso para obtener con él, desde una perspectiva descriptiva, una visión satisfactoria de lo que es la ley, y no de lo que *debe ser*. Es verdad también que por «positivismo jurídico» se han entendido cosas demasiado dispares (Bobbio, 1965) y puede haber habido en la mentalidad rutinaria de los jueces europeos algunos rasgos de sacralización del derecho positivo, pero ello no autoriza a tomarlos como definitorios de una posición teórica que más bien ha tendido a desmitificar y a poner en claro las emocionales y turbias aguas del lenguaje ampuloso de los juristas.

Ciertamente, hay que reconocer que la realidad jurídica del nacionalsocialismo exasperó hasta tal punto los términos de nuestro problema que muchos jueces tuvieron que verse ante un gran dilema moral. En los primeros años de la posguerra se sometieron a la jurisdicción tanto de tribunales alemanes como de tribunales internacionales algunos casos ocurridos durante la era nazi en los cuales se ponía de manifiesto que ciudadanos que habían cumplido con escrupuloso respeto la letra de la ley nazi habían desencadenado con ello consecuencias reales moralmente abominables. El tipo de supuesto más discutido fue el de aquellos ciudadanos que habían recurrido a la obligación jurídica de denunciar actividades contrarias al Reich para desembarazarse limpiamente (es decir, jurídicamente) de sus enemigos o de algunos parientes incómodos. El caso de una mujer que trató de 'asesinar' legalmente a su marido cumpliendo su obligación jurídica de delación fue particularmente repulsivo. Si los jueces sentenciaban con arreglo a derecho participaban de la inmoralidad, si lo hacían siguiendo pautas morales extrañas a las leyes traicionaban los supuestos básicos de su propia condición de jueces. A este dilema se han dado numerosas respuestas (Finch, 1974, cap. 3), pero ninguna de ellas logra, a mi juicio, ha-

cer imposible o evitar la hipótesis que genera el problema: la eventualidad de un derecho positivo moralmente inaceptable.

1.3. Positivismo y moralidad interna del derecho

En el año 1958, Herbert L. A. Hart (n. 1907) el más importante de los filósofos del derecho ingleses contemporáneos, publicó una conferencia (Hart, 1962) que redefinía en términos precisos el ámbito de nuestro problema. Hart apelaba nuevamente a sus antecesores Bentham y Austin para reclamar la validez de la distinción entre el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*, o, en nuestros términos, entre el derecho y la moralidad. Según él esta distinción capacitaba a los individuos para ver claramente los problemas que plantean las leyes moralmente malas y para comprender el carácter específico de la autoridad jurídica. Y precisamente recurría a ella por la misma razón que alegaba Radbruch para apelar al «derecho supralegal». Hart afirmaba que si no distinguimos el derecho de la moral corremos el riesgo de que la ley positiva pueda suplantar a la moralidad. Según él la idea que invadió la mente de los juristas alemanes, es decir, la idea de que, superado un cierto nivel de iniquidad, el derecho deja de ser derecho, implicaba claramente que las leyes, sólo por ser tales, están revestidas de una cierta dignidad moral. Ello enajenaba a los ciudadanos cualquier posibilidad de crítica. Precisamente lo que demostraba palmariamente la era nazi era que el conjunto de las leyes puestas en vigor en una comunidad era algo diferente de la moralidad, y que si no manteníamos claramente esa diferencia nos enajenaríamos cualquier posibilidad de crítica moral a las leyes. Los viejos utilitaristas nos habían transmitido un mensaje cuyas dos ideas básicas eran las siguientes: del mero hecho de que una regla viole pautas morales no puede seguirse que tal regla *no* sea jurídica; y de que una regla fuera moralmente deseable no puede seguirse que tal regla sea jurídica. Hart, basándose en ello, definía el problema con cierta claridad. No negaba que históricamente entre el derecho y la moral hubiera habido intensas influencias, ni negaba tampoco que ciertas leyes pudieran incorporar convicciones y criterios morales. Lo que él negaba es que *conceptualmente* hubiera una conexión *necesaria* entre derecho y moral. Es decir, negaba que para *definir* el derecho, para hallar un

concepto de derecho, tuviéramos necesidad de acudir a ingredientes de moralidad. En un determinado Estado podía haber leyes moralmente admirables y leyes moralmente controvertibles, pero su condición de *leyes*, de derecho, no dependía en absoluto de tal eventualidad.

Todavía con la presencia de los episodios nacionalsocialistas en la mente de los juristas, Hart tendría que defender sus puntos de vista en una célebre polémica mantenida con el jurista norteamericano Lon L. Fuller (Fuller, 1964). La argumentación del profesor de jurisprudencia de Harvard es aguda e ingeniosa y merece la pena detenerse un poco en ella. Fuller afirma que el derecho tiene que ver con la idea de someter a normas la conducta de los individuos, y si esto es así, entonces, el derecho tiene que tener ciertos componentes morales ineludiblemente, pues de no ser así no podría cumplir sus propósitos de regular las conductas individuales y sociales. Pero ¿qué clase de componentes morales? Fuller arriesga la distinción entre una «moralidad de la aspiración» y una «moralidad del deber». La moralidad de la aspiración sería el conjunto de máximos objetivos que una sociedad considera deseables y en la consecución de los cuales atribuye un especial reconocimiento a los individuos. La moralidad del deber trataría más bien de «mínimos» que de máximos. Sería aquel conjunto de normas básicas que hacen posible la propia convivencia y la violación de las cuales es especialmente relevante para la pervivencia de cualquier sociedad. Esa naturaleza básica es lo que exige que esta moralidad se exprese en términos fuertes de 'deber' u 'obligación' y sea especialmente reforzada. En el mundo del derecho también tiene una aplicación esa distinción. Hay una moralidad jurídica que es la expresión de los fines u objetivos que *debería* perseguir el derecho. Es la moralidad «externa», aquella que, si en un determinado caso un conjunto de leyes no reconocen o no persiguen, no por ello dejan de ser derecho. Pero hay también un conjunto de componentes morales que son de tal naturaleza que si el sistema jurídico los ignora entonces corre peligro de perder su propia identidad como sistema jurídico, es decir, corre el riesgo de dejar de ser una empresa cuyo propósito es someter la conducta humana a normas. Estos componentes, según Fuller, son: las leyes deben ser *generales*, porque sería imposible adecuar la propia conducta a ellas si fueran particulares; deben ser *públicas* porque si no se conocen difícilmente pueden obedecer-