

# Lo normativo en la teoría del derecho de Jorge Luis Rodríguez: *a blind spot?*

J.J. Moreso\*

## Resumen

En este trabajo se analiza la cuestión de la *normatividad* del derecho, tal y como comparece en los caps. 2 y 7 del relevante libro de Jorge L. Rodríguez (2021). En la segunda sección, se esbozan algunas cuestiones que están en la vecindad de la que nos ocupa, en especial la cuestión de si el debate – en los términos tradicionales – entre iusnaturalismo y positivismo jurídico es una mera disputa verbal. También se atribuyen al autor dos tesis: la tesis del *relativismo ético* y (de un modo más conjetural) la tesis del *positivismo jurídico normativo*. En las secciones tercera y cuarta estas tesis son reconstruidas y se presentan determinadas objeciones a ellas, con el objetivo de socavarlas. En la sección quinta, se concluye sosteniendo que, tal vez, en la teoría analítica del derecho de Rodríguez la normatividad sea un ángulo muerto.

**Palabras clave:** Normatividad del derecho. Relativismo moral. Positivismo jurídico normativo. Disputa verbal.

## Abstract

This paper deals with the issue of the normativity of law, as it is included in the chapters 2 and 7 of Jorge L. Rodríguez's (2021) relevant book. In the section two, some issues in the vicinity of the issue at hand, particularly whether the debate – in the traditional terms – between Natural Law Doctrine and legal positivism is

---

\* Departamento de Derecho, Universitat Pompeu Fabra (Barcelona), Ramon Triás Fargas, 25-27, 08005, Barcelona, josejuan.moreso@upf.edu.

Este trabajo fue presentado en el simposio sobre el libro de Jorge L. Rodríguez (2021) que tuvo lugar en la Universidad de Génova (27-28 de enero de 2022). Agradezco las observaciones de los participantes y la invitación de sus organizadores, Pierluigi Chiassoni y Jordi Ferrer, y muy especialmente las conversaciones con el propio Jorge en dicho encuentro. Este trabajo ha sido escrito bajo el auspicio de dos proyectos de investigación, concedidos respectivamente por la Agencia Española de Investigación PID2020-115041GB-I00 y por la Generalitat de Cataluña, 2017 SGR 00823.

a mere verbal dispute. Both theses are attributed to the author: the thesis of *moral relativism* and (in a more conjectural way) the thesis of *normative legal positivism*. In the sections three and four, these theses are reconstructed and objected with the objective to undermine them. In the section five, it is maintained that in the analytical legal theory of Jorge L. Rodríguez perhaps the normativity could be a *blind spot*.

**Keywords:** Normativity of Law. Moral Relativism. Normative Legal Positivism. Verbal Dispute.

No polemizan. Y no quieren persuadir ni ser persuadidos, no piensan en ganar o en perder. Están de acuerdo en una sola cosa; saben que la discusión es el no imposible camino para llegar a una verdad. Borges (1993: 323)

If morality is acknowledged to be among the tests for law, then judges whose own moral opinions would then be decisive in constitutional cases have much greater power over ordinary citizens than if morality is understood to be irrelevant in their office. Dworkin (2006: 175)

## 1. Introducción: *De consolatione philosophiae*

En medio de esta interminable pandemia, hemos tenido la fortuna de asistir a la publicación del libro de Jorge Luis Rodríguez (2021) que concita este diálogo *gironí-genovese*. Valiéndome de Boecio, diré que este libro ha significado para mí el *consuelo de la filosofía*, en medio de la soledad, aumentada cruelmente por el aislamiento que debemos mantener, leer el libro de Jorge ha sido un modo tanto de sentir su aliento y su cercanía, como de navegar por las tranquilas y transparentes aguas de sus ideas. Es un libro realmente impresionante, que cristaliza una concepción acabada de la materia a la que lleva tantos años dedicándose con tanta perspicuidad. La trayectoria previa de Jorge ya era impresionante, mostrada en varias decenas de artículos seminales y, sobre todo, en dos libros cruciales para la teoría analítica del derecho<sup>1</sup>. Pero este libro tiene una extraña vocación de abarcarlo todo, desde las concepciones más generales hasta los detalles en donde, como se dice, habita el diablo.

---

<sup>1</sup> Rodríguez 2002, Navarro, Rodríguez 2014.

Dado que mi trayectoria es conocida y es también conocida mi cercanía a la trayectoria de Jorge – los dos fuimos miembros del grupo de los *Bulygin-boys-and-girls*, y ahora estamos huérfanos –, ya se comprende que mi acuerdo con la gran mayoría de las concepciones generales y de los detalles es muy amplia. Sin embargo, he escogido un punto en el que tal vez haya espacio para el desacuerdo, se trata de la cuestión de la *normatividad* del derecho. Este asunto comparece en los capítulos segundo y séptimo del libro, dedicados respectivamente al concepto de derecho y a la justificación jurídica y la justificación moral. Es sabido que, entre los *bulyginianos*, he sido yo el que más ha evolucionado hacia una posición que pone en duda algunas de las tesis centrales atribuidas al positivismo jurídico y que abraza algún tipo de *objetivismo ético*. Jorge en su libro (2021: 158-161) dice, y yo estoy de acuerdo con él, que el rechazo del objetivismo ético no es una tesis definitoria del positivismo, pero es una tesis que en cualquier caso sostenía Bulygin y sostienen casi todos sus seguidores.

Este encuentro me brinda una ocasión inmejorable de tratar de articular mejor mi posición y las razones porque las tesis de Jorge no me convencen en este punto.

Procederé del siguiente modo: en la sección segunda, trataré de esbozar algunas cuestiones que están en la vecindad de la que nos ocupa, la normatividad del derecho, para dejarlas al margen del foco de mi contribución (aunque algo diré de ellas) y explicitaré las dos tesis que deseo discutir. Ninguna de ambas tesis está claramente presentada por Jorge, pero conjeturo que pueden ser las que le llevan a defender su posición. En la tercera sección, presentaré una forma de reconstruir el relativismo que, en materia ética, creo que subyace a la posición de Jorge. En la cuarta, trataré de argüir que algún tipo de positivismo normativo tal vez anide tras cualquier defensa del positivismo jurídico, lo que una vez Genaro R. Carrió<sup>2</sup> denominó *la actitud positivista*. En ambos casos presentaré algunas objeciones a estas dos tesis. En la sección quinta, concluiré.

## 2. Disputas verbales y argumento *modus tollens*

En el capítulo segundo, sobre el concepto de derecho, Jorge presenta una caracterización del iusnaturalismo tradicional como una tesis *definicional* (2021: 169) acerca de la naturaleza del derecho<sup>3</sup>. Mientras las doctrinas clásicas del derecho natural consideran que la justicia de las normas es condición necesaria de su validez jurídica, las doctrinas iuspositivistas consideran que ello no es así. En mi opinión, esta es una mera cuestión verbal. Jorge piensa que no es sólo una cuestión de palabras (2021: 174-177) y que una u otra posición tienen relevancia para el rendimiento

<sup>2</sup> Carrió 1990: 393-4.

<sup>3</sup> Una expresión tomada de Raz (Raz 1990: 164-165).

explicativo de la teoría jurídica. Recientemente he defendido que, en los términos tradicionales, se trata de una cuestión meramente verbal<sup>4</sup>. Trataré de reiterar aquí, brevemente, mis ideas al respecto.

En el pragmatista William James se halla una perspicua explicación de lo que es una *disputa verbal*. Considera el ejemplo de un hombre que pasea rápidamente dando vueltas a un árbol, mientras una ardilla se mueve en el tronco del árbol. Ambos están frente al árbol todo el tiempo, pero el árbol está siempre entre ellos. Un grupo de personas discute sobre la siguiente cuestión: ¿el hombre rodea la ardilla o no? James resuelve la cuestión de este perspicuo modo:

Quiénes llevan la razón depende sobre lo que signifique prácticamente “rodear” la ardilla. Si significa pasar del norte de la ardilla al este, después al sur, después al oeste, y al final al norte de nuevo, es obvio que el hombre rodea la ardilla, puesto que ocupa estas posiciones de modo sucesivo. Pero si, por el contrario, significa estar primero frente a ella, después a su derecha, después detrás de ella, después a su izquierda, y al final de nuevo frente a ella, es bastante obvio que el hombre no consigue rodearla [...] Hecha la distinción ya no hay ocasión para ninguna disputa más<sup>5</sup>.

En los términos de Chalmers (del que, por otra parte, obtengo la preciosa referencia a James): «Intuitivamente, una disputa entre dos partes es verbal cuando las dos partes están de acuerdo en todos los hechos relevantes acerca de un dominio determinado, y sólo discrepan acerca del lenguaje usado para describir el dominio. En tal caso, uno tiene la impresión de que las dos partes “no están en realidad en desacuerdo”: es decir, que no están realmente discrepando acerca del dominio en cuestión, y que discrepan sólo acerca de materias lingüísticas»<sup>6</sup>.

Y este me parece el caso en la disputa acerca del derecho injusto. Las dos partes en nuestro caso, iusnaturalistas y defensores del positivismo jurídico, acuerdan en que puede haber leyes establecidas por seres humanos que son injustas y que dichas leyes no son obligatorias, no deben ser obedecidas. Discrepan solamente en que los positivistas piensan que estas leyes injustas han de ser clasificadas como válidas jurídicamente, mientras los iusnaturalistas piensan que no han de ser calificadas como válidas jurídicamente. Es decir, discrepan acerca de si el derecho comporta la obligatoriedad de sus pautas, con el lenguaje de hoy, si el derecho suministra *razones para la acción*. Si, como quieren los iusnaturalistas, sólo llamamos derecho a aquellos conjuntos de pautas que están de acuerdo con la justicia, entonces es verdad que el derecho comporta la obligatoriedad. Si, conforme a los positivistas, llamamos derecho a todas las pautas establecidas por las autoridades humanas, entonces sólo son obligatorias aquellas pautas jurídicas que están de acuerdo con la justicia y no es

---

<sup>4</sup> Véase Moreso 2022.

<sup>5</sup> James 1907: 25.

<sup>6</sup> Chalmers 2011: 215.

verdad que el derecho comporte necesariamente la obligatoriedad. Lo que muestra que se trata de una disputa verbal.

Una disputa verbal que puede, sin embargo, tener efectos pragmáticos. En determinadas ocasiones una concepción iusnaturalista puede usarse para defender el orden establecido, por ejemplo arguyendo que hay una presunción de justicia en las reglas de las autoridades. Pero también puede hacerse mediante algo como *dura lex, sed lex*, tan a menudo usada para combatir la resistencia. Aunque también sucede al revés, los iusnaturalistas pueden animar a la desobediencia fundados en la idea que algunas directivas de la autoridad son inválidas por injustas, y los iuspositivistas pueden animar a la revuelta con la idea de que dichas normas, que son válidas, son demasiado injustas para ser obedecidas. Sucede aquí algo semejante a lo que sucede con cierta discusión teológica medieval sobre la infalibilidad del Papa (que algunos católicos integristas han resucitado para usarla contra el Papa Francisco): la idea de que todo lo que dice el Papa, en determinadas circunstancias, es verdad, puede servir tanto para predicar la verdad de lo que dice el que ocupa ese lugar en la Iglesia católica, como para argüir que dado que lo que dice no es verdad entonces no es el Papa, sino el Anticristo<sup>7</sup>.

Al menos en una ocasión, el autor parece aceptar, tal vez sólo parcialmente, este argumento, cuando escribe:

Podría decirse que, en sus versiones más progresistas, tanto el iusnaturalismo como el positivismo, desde presupuestos filosóficos muy distintos, han perseguido un mismo cometido: alertarnos sobre la posibilidad del abuso del poder. En tal entendimiento, el iusnaturalismo, concentrando su atención en el carácter normativo del derecho, descarta a las normas manifiestamente injustas como componentes de los sistemas jurídicos dado que ellas no crearían genuinas obligaciones (si bien incurriendo con ello en una confusión entre la realidad y nuestros ideales acerca de ella). En cambio, el positivismo, centrando su atención en el carácter social del derecho, busca alcanzar ese mismo fin – rechazar la naturaleza genuinamente vinculante de las normas moralmente injustas – distinguiendo entre el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*, es decir, destacando que el hecho de que una norma posea una fuente social adecuada para considerarla parte del derecho existente no ofrece una respuesta concluyente sobre el deber de obedecerla o aplicarla<sup>8</sup>.

Pero no es esta una de las cuestiones centrales a las que me quiero referir. Aunque, y esta es mi última acotación sobre esta cuestión, recientes indagaciones de lo que se conoce como *filosofía experimental*, ponen de manifiesto que los usuarios

---

<sup>7</sup> Esta segunda parece que fue la posición de Guillermo de Ockham en su oposición al papado por la cuestión de la pobreza franciscana. Vid., por ejemplo, Kilcullen (1999).

<sup>8</sup> Rodríguez 2021: 161.

del concepto de derecho<sup>9</sup> inclinan mayoritariamente por no considerar como derecho las pautas manifiestamente injustas dictadas por las autoridades, pautas que establecen por ejemplo la supremacía blanca y la prohibición de los matrimonios interraciales.

En el libro de Jorge no se hace uso de otro argumento, a veces relacionado con el anterior, en contra del objetivismo ético que presuponen las doctrinas del derecho natural. Pero como es a menudo usado en esta literatura, me voy a referir brevemente a él. Ferrajoli lo ha presentado de un modo prístino y lo ha considerado una especificación del argumento del *modus tollens*<sup>10</sup>. La idea es la siguiente: se parte de la premisa de que el objetivismo ético comporta la adopción de sistemas políticos intolerantes, que no respetan la autonomía de las personas, se añade la premisa según la cual dichos sistemas deben ser rechazados y, se concluye, debemos rechazar entonces el objetivismo ético. Se trata de un argumento ampliamente difundido en algunos ámbitos iusfilosóficos, pero dado que no es un argumento usado por Jorge no mucho más se dirá aquí sobre él. Jorge no acepta la primera premisa del argumento de Ferrajoli, porque «la aceptación o rechazo de una tesis metaética [...] no tienen ninguna consecuencia en el terreno de la ética normativa»<sup>11</sup>.

Tal vez un argumento como el de Ferrajoli estuviera presupuesto en las caracterizaciones del positivismo jurídico de algunos de los grandes teóricos del siglo pasado, como Hans Kelsen y Alf Ross. Pero, según creo, ello guarda mayor relación con la biografía intelectual de estos autores y con las doctrinas a las que se oponían, que con la fuerza de dicho argumento<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> En Flanagan, Hannikainen 2021, estudiantes de derecho.

<sup>10</sup> Ferrajoli 2018: 67.

<sup>11</sup> Rodríguez 2021: 771.

<sup>12</sup> Es mi opinión que ni Kelsen ni Ross fueron consistentes en este punto. Es cierto que Kelsen (1948: 913) escribió: «Decir que los juicios de valor sólo tienen una validez relativa –principio éste básico en el relativismo filosófico– implica que los juicios de valor opuestos son lógicamente y moralmente posibles. Dado que todos gozan de la misma libertad e igualdad, uno de los principios fundamentales de la democracia es que cada cual respete la opinión pública de los demás. No es posible encontrar la tolerancia, los derechos de las minorías, la libertad de pensamiento y de expresión, que tanto caracterizan a la democracia, dentro de un sistema político que se base en la creencia en valores absolutos». Ahora bien, esos principios que caracterizan la democracia no pueden fundarse en el relativismo, en el rechazo de la objetividad. El mismo Kelsen sostiene que todos gozan de la misma libertad e igualdad. Esta afirmación, al menos, ha de ser considerada objetiva y, a partir de ella, es seguramente posible obtener las conclusiones que Kelsen desea. Y Ross, un defensor del emotivismo ético como es bien sabido, cuando defiende la democracia escribe (1952: 137-138): «La mentalidad democrática comporta el respeto por la personalidad moral de los seres humanos. Es una actitud que tiene sus raíces en las tradiciones del cristianismo y del humanismo. El cristianismo ha dado expresión a este sentimiento con su doctrina del valor infinito de todo ser humano ante los ojos de Dios. Kant ha expresado la misma idea en términos más filosóficos formulando su imperativo categórico, que ordena que siempre debemos actuar de tal modo de considerar la humanidad, en uno mismo y en toda otra persona, como un fin en sí mismo y no únicamente como un medio. En toda la humanidad, habita la idea de que el ser humano es sagrado. La carencia de respeto o al menos el respeto insuficiente por el ser humano es sin embargo característico de todas las formas de autocracia».

La relación entre el escepticismo ético y la defensa de los valores democráticos y liberales es contingente. Como también lo es la relación entre el objetivismo ético y la defensa del derecho natural y algún tipo de defensa de la autocracia. Hubo escépticos en ética, como Hans Kelsen y Alf Ross con una defensa comprometida con los valores de la democracia y del liberalismo, un liberalismo socialdemócrata en su caso. Pero hubo también autores relevantes, como Gustav Radbruch, que adherían a los mismos valores, pero que – después de la Segunda Guerra Mundial – asumieron posiciones anti-positivistas<sup>13</sup>. Y hubo defensores del derecho natural, como Karl Larenz, que vindicaron un sistema político tan inicuo como el nazismo<sup>14</sup>. Sin embargo, también defendió el nazismo el más *empirista*, radicalmente escéptico en materia moral, de los teóricos del derecho del realismo jurídico escandinavo, Karl Olivecrona<sup>15</sup>.

Sin embargo, como decía en la argumentación, podemos orillar estas cuestiones para centrarnos en las dos tesis que creo anidan tras la posición de Jorge acerca de la normatividad del derecho.

La primera de dichas tesis es una tesis *relativista*, conforme a la cual los juicios normativos, los juicios de deber (juicios como “se debe hacer  $\phi$ ”, o bien “hacer  $\phi$  es correcto”) son siempre juicios incompletos, que sólo tienen sentido y permiten la deliberación racional cuando se explicita con arreglo a qué código normativo se establece dicho deber.

La segunda tesis, que atribuyo a Jorge de un modo más conjetural, es la idea con arreglo a la cual el derecho ofrece razones para la acción distintas de la moralidad y a veces en conflicto con ella. Una forma, que exploraré en la sección cuarta, consiste en sostener que las razones para la acción provistas por el derecho descansan en el valor de la *legitimidad*, de ser suministradas por decisiones que han tomado en cuenta de la manera adecuada los intereses de todos, y no en el valor de la *justicia*, es decir que hay decisiones legítimas que pueden ser injustas<sup>16</sup>.

### 3. La normatividad devaluada

Hay algunos que niegan radicalmente que la idea de normatividad haya de tener un espacio en nuestro discurso. Este es el punto de vista de un naturalismo radical, como el defendido en la teoría jurídica y moral por Brian Leiter: «[...] la normatividad real no existe: *este es el resultado que se obtiene de la concepción naturalista*.

<sup>13</sup> Véase Radbruch (1946), una idea que contemporáneamente ha sido vindicada por Alexy (1989, 1992, 2013).

<sup>14</sup> Puede verse la crítica radical de la idea de derecho subjetivo en Larenz (1935).

<sup>15</sup> Olivecrona (1940, 1941) publicó dos libros en sueco, el primero traducido al alemán, en defensa de la Alemania nazi.

<sup>16</sup> Por ejemplo, en la filosofía política contemporánea, Christiano 2004, Williams 2005, Pettit 2012.

No hay razones cuyos existencia y carácter sea independientes de las actitudes humanas; hay sólo actitudes humanas que nos llevan a “hablar con el discurso” de las razones. Y si la normatividad real no existe, si sólo existen realmente sentimientos de inclinación y de aversión, de compulsión y de rechazo, entonces ello significa que todas las disputas normativas no se resuelven presuntamente en las razones sino en el conflicto de la voluntad o del afecto»<sup>17</sup>.

Es decir, el problema de la normatividad es, en realidad, un pseudoproblema. Sin embargo, ni siquiera Leiter considera que nunca tiene sentido el razonamiento acerca de lo qué debemos hacer, por ejemplo sostiene que «Lo que se sigue es básicamente lo que Ayer y Stevenson diagnosticaron correctamente no hace ni siquiera un siglo: donde las personas comparten las actitudes, el razonamiento acerca de lo que uno debe hacer y lo que uno debe creer es posible; donde las personas no comparten las actitudes, el razonamiento no es posible y la única fuerza que prevalece en la disputa, es la fuerza retórica de producir un cambio en las actitudes mediante cualquier medio que sea efectivo o bien la fuerza física o jurídica de suprimir las actitudes contrarias»<sup>18</sup>.

Y, efectivamente, esta era la posición del emotivismo de A. J. Ayer:

En resumen, hallamos que la argumentación es posible en materia moral solo si algún sistema de valores es presupuesto. Si nuestro oponente concuerda con nosotros al expresar desaprobación moral de todas las acciones de un tipo dado *t*, entonces podemos condenar una acción particular A, por presentar argumentos para mostrar que A es del tipo *t*. Porque la cuestión de si A pertenece o no a tal tipo es una simple cuestión de hecho. Dado que un hombre tiene ciertos principios morales, argüimos que debe, para ser consistente, reaccionar moralmente a determinadas cosas de determinada manera. De lo que no argüimos ni podemos argüir es acerca de la validez de estos principios morales<sup>19</sup>.

Y esta parece ser también la posición de nuestro autor:

El objetivismo moral es una postura metaética, no es una postura de ética normativa. Quien rechaza el objetivismo rechaza entonces una tesis *acerca* del discurso moral, en este caso, que existan pautas objetivas para dirimir controversias morales. Pero la aceptación o rechazo de una tesis metaética como esta no tiene ninguna consecuencia en el terreno de la ética normativa. Para defender sus convicciones morales, para argumentar en favor de una cierta tesis de ética normativa, lo que el escéptico necesita, expresándolo en términos hartianos, es *asumir el punto de vista interno de un cierto sistema moral*, no abandonar su escepticismo. Los argumentos que puedan aducirse, por ejemplo, en contra de la pena de muerte, no serán más o menos

<sup>17</sup> Leiter 2015: 74.

<sup>18</sup> Leiter 2015: 75-76.

<sup>19</sup> Ayer 1936/1971: 147-148.



convincentes, sólidos o admisibles según si los defiende un objetivista moral o un escéptico: serán más o menos convincentes, sólidos o admisibles de acuerdo con las razones sustantivas que los apoyen. El escéptico no socava con su escepticismo las bases para poder defender argumentos morales, porque su postura metaética solo lo compromete con la afirmación de que pueden existir diversos sistemas morales en competencia y que no disponemos de criterios objetivos para individualizar a uno como el correcto. Pero eso no lo inhibe para adoptar a uno de esos sistemas como propio y formular y defender juicios morales a partir de él. Su escepticismo le impide decir que ese sistema sea objetivamente correcto o verdadero, pero no le impide ofrecer razones sustantivas para defenderlo y para privilegiarlo sobre otros. En otras palabras, la tesis escéptica de que pueden existir diversos sistemas morales en competencia no implica en modo alguno que todos esos sistemas sean “igualmente válidos”, que cada uno sea “tan bueno” como cualquier otro, porque “válido” y “tan bueno” son allí claramente expresiones normativas, y las afirmaciones del escéptico se limitan al plano conceptual<sup>20</sup>.

Entonces, la normatividad siempre depende de los últimos valores, de los juicios o principios básicos, que aceptamos. No hay algo como una normatividad *robusta*, sino sólo una normatividad *formal*<sup>21</sup>. Tocar el balón con la mano está prohibido a los jugadores de campo en el fútbol, pero está permitido a los jugadores en el baloncesto. Del mismo modo, la eutanasia es un comportamiento prohibido para la doctrina católica, pero no, tal vez, para la doctrina del utilitarismo ético.

Para decirlo en términos cercanos a Jorge y a mí, en los términos de Alchourrón y Bulygin, el objetivismo ético presupone la aceptación del *principio de correlación*, que ellos formularon del siguiente modo:

Todos los individuos en condiciones ideales aceptarían la misma jerarquía para cualquier conjunto de historias<sup>22</sup>.

Y a Alchourrón y Bulygin, como a Jorge, dicho principio les parece rechazable en el ámbito moral. La discusión sobre el relativismo en materia moral nos llevaría demasiado lejos<sup>23</sup>, añadiré aquí únicamente una consideración que afecta a uno de los fundamentos de esta forma de razonar. El rechazo del objetivismo ético presupone que somos capaces de distinguir en los juicios morales entre juicios morales *básicos* y juicios morales *no básicos*. Entonces, se añade, es posible la discusión racional acerca de los juicios morales no básicos, pero en cambio los juicios morales básicos son últimos, y no podemos debatir racionalmente acerca de ellos. Es esto lo que

<sup>20</sup> Rodríguez 2021: 771-772.

<sup>21</sup> Este es el modo en el que suele argüirse en la metaética contemporánea, véase para la distinción entre normatividad *robusta* y normatividad *formal*, Finlay (2019).

<sup>22</sup> Alchourrón, Bulygin 1983: 33.

<sup>23</sup> Aunque véase mi propia posición en Moreso (2017, 2020, primera parte, ensayo 9).

hace el relativismo plausible, dado que no compartimos los juicios morales básicos, no hay un único marco moral, sino muchos marcos, que son incomparables entre sí, no tenemos ya razones para elegir entre ellos. Sin embargo, este argumento presupone que el razonamiento moral es de carácter *fundacionalista*, que hay un modo claro de distinguir entre juicios básicos y juicios no básicos. Si, en cambio, como me parece más razonable, aceptamos para la ética algún modelo *coherentista*, el hecho de que un juicio sea básico siempre queda abierto a la argumentación y, entonces, sí es posible argumentar y desafiar los juicios que otra persona considera básicos.

En un viejo artículo, Amartya Sen realizó esta distinción entre juicios morales básicos y juicios morales no básicos y, plausiblemente, sugirió que los juicios morales básicos son aquellos que una persona mantendría invariables ante cualquier cambio de las circunstancias fácticas<sup>24</sup>. Y, refiriéndose a Ayer precisamente, aceptaba entonces que llegados a un juicio básico ya no hay lugar para la argumentación racional, sólo queda aceptarlo o rechazarlo. Pero muy perspicuamente añadía: «El hecho de ser no básico de un juicio en el sistema de valores de alguien puede algunas veces establecerse de modo concluyente, pero lo opuesto no es el caso, y tomar un juicio de valor como básico consiste en darle, en el mejor de los casos, el beneficio de la duda»<sup>25</sup>.

Y esto es lo que, al parecer, sucede en la práctica moral. Uno de los atractivos del relativismo en determinados ámbitos, reside en que cuando se explicita el marco de referencia, el desacuerdo se desvanece. Si Jorge dice “hoy está lloviendo” y yo digo “hoy no está lloviendo”, y nos damos cuenta de que él se refiere a lo que sucede en Mar del Plata y yo a lo que sucede en Barcelona, entonces el desacuerdo se desvanece. Si Antonia dice “la minifalda está de moda” y Cristina dice “la minifalda no está de moda”, pero se dan cuenta de que Antonia se refiere a la Inglaterra de los Beatles, en los años sesenta del siglo pasado, y Cristina a la Barcelona del Congreso eucarístico, de los años cincuenta durante el franquismo, entonces no hay discrepancia alguna entre ellas, las dos dicen la verdad. Las proposiciones expresadas en sus discursos son verdaderas o falsas dependiendo de los índices temporales y espaciales que las completan. Sin embargo, si Pablo dice “es correcto empujar desde un puente a una persona cargada con una pesada mochila para que caiga sobre la vía en donde un tranvía sin frenos está a punto de atropellar a cinco personas y, de este modo, detenerlo, sacrificando a la persona de la mochila para salvar a los otros cinco” y Bruno replica “empujar a dicha persona desde el puente no es correcto”, la discrepancia no se desvanece aunque sepamos que Pablo es un utilitarista en ética, mientras Bruno es un kantiano. La resiliencia de la discrepancia es un síntoma de que el relativismo no es una reconstrucción adecuada de nuestra práctica moral.

---

<sup>24</sup> Sen 1966. Una idea semejante, sobre la que lamentablemente no puedo detenerme aquí, en Cohen (2003).

<sup>25</sup> Sen 1966: 55.

#### 4. La actitud positivista

Mi conjetura en esta sección consiste en que la defensa del positivismo jurídico tal vez no descansa en cuestiones ni conceptuales: la clara distinción entre el derecho cómo es en realidad y el derecho cómo debe ser<sup>26</sup>, ni de ontología social: la tesis de que los contenidos jurídicos son reducibles a, o bien se fundan completamente en, hechos sociales<sup>27</sup>; sino en cuestiones *normativas*.

La defensa del positivismo jurídico comporta la asunción de lo que Carrió denominó la *actitud positivista*:

Que sólo un juez que ha adoptado la actitud positivista, esto es, un funcionario público que ha jurado cumplir sus funciones aplicando las reglas públicas del derecho positivo y no las pautas que pueda extraer de sus principios morales, sólo un juez positivista, repito, así caracterizado, puede actuar correctamente como juez de derecho. Porque el “juego” de que aquí se trata es el del derecho positivo, sólo un juez que adopta la actitud positivista está en condiciones de “jugarlo”<sup>28</sup>.

La actitud positivista tal vez está presupuesta, o al menos así deseo argumentar aquí, en los dos párrafos con los que concluye el libro de Jorge:

[...] parecería que la respuesta más satisfactoria a la pregunta por la normatividad del derecho bajo esta intelección consiste en reconocer que a veces obedecemos a las normas jurídicas por razones morales, otras veces las obedecemos por razones meramente prudenciales, incluso podría ser que a veces las obedezcamos por razones políticas o estrictamente jurídicas, y resaltar que, no obstante, el carácter de una norma no debe confundirse con el carácter de las razones por las que la obedecemos [...] Las normas jurídicas son normas distintas de las normas de prudencia o de las normas morales, y nos ofrecen razones *jurídicas* para actuar, en el sentido elemental de que tomando en consideración las normas de un sistema jurídico es posible evaluar las acciones como prohibidas, permitidas u obligatorias de acuerdo con tal sistema.

Incluso podría darse un paso más y decir, tal como lo han sostenido Marmor y Enoch, que las razones que nos ofrece el derecho serían condicionales y dependientes de la participación en la práctica. Dentro de una práctica como el juego del ajedrez se puede utilizar el lenguaje normativo para decir que una cierta pieza *debe* moverse de cierta manera. Pero esto no significa que cualquiera tenga ese deber: solo los participantes en la práctica del ajedrez están vinculados por sus normas, y no puede obligarse a nadie a participar en dicha práctica. Las obligaciones jurídicas serían semejantes a la obligación de un jugador de ajedrez de mover las piezas de un cierto modo: la

<sup>26</sup> Que constituye el nervio de dicha posición en Bobbio (1965) y en Hart (1958, 1961).

<sup>27</sup> Este es el modo que en la literatura filosófica actual acerca de *grounding* suele caracterizarse el debate. Véase una clara presentación con una propuesta propia en Chilovi (2020).

<sup>28</sup> Carrió 1990: 392-393.

regla de reconocimiento determinaría la práctica del derecho y, consiguientemente, permitiría identificar qué se debe hacer de acuerdo con esa práctica, pero no podría justificar el deber de participar en la práctica. Si tal deber existe, su justificación no puede surgir del propio derecho sino, en todo caso, de lo que exija la moral. Pero si se rechaza tanto el iusnaturalismo definicional como el positivismo ideológico, debería concluirse que no es posible sostener que una norma jurídica, por el solo hecho de ser tal, genere un deber moral siquiera *prima facie* de obedecerla<sup>29</sup>. [notas omitidas]

Estos párrafos contienen muchas ideas que vale la pena desbrozar con calma. En primer lugar, me referiré a de qué modo las normas son aptas para generar razones para la acción. Hay, al menos, dos formas en las que podemos comprender esta idea.

Según la primera, las decisiones jurídicas dotadas de autoridad son meros *mecanismos de activación* de nuestros deberes morales, activan de un modo determinado nuestros deberes morales previos. Por ejemplo, si voy conduciendo mi auto por Barcelona y me hallo ante un semáforo en rojo, este hecho (el hecho complejo del color del semáforo más las decisiones sobre el tráfico de las autoridades competentes) *activan* mi deber de detenerme, que es el modo de cumplir con mi deber moral de conducir de una manera respetuosa con la integridad del resto de personas y vehículos. Lo activan en un modo semejante a como activa mi deber moral de detenerme el hecho de que se cruce ante mi auto una niña corriendo tras su pelota. Esta es una concepción de las razones para actuar como *triggering reasons*<sup>30</sup>. En este sentido, las razones que proveen las directivas de las autoridades son únicamente un modo de manipular las circunstancias fácticas de manera tal que activan nuestros deberes morales preexistentes. Para Enoch, los deberes generados por las directivas de la autoridad son un modo, eso sí específico, del modelo general de razones robustas, el modelo del *mecanismo de activación*.

Una idea semejante es la que defiende una reciente y relevante teoría de la normatividad del derecho, la teoría del *impacto moral* del derecho de Greenberg<sup>31</sup>, Greenberg lo dice así:

Conforme a mi concepción, las obligaciones jurídicas son un subconjunto determinado de las obligaciones morales. Las instituciones jurídicas – las legislaturas, los tribunales, las agencias administrativas – llevan a cabo acciones que cambian nuestras obligaciones morales. Lo hacen cambiando los hechos morales relevantes, por ejemplo, cambiando las expectativas de las personas, proveyendo opciones, u otorgando los beneficios de los representantes del pueblo sobre determinados esquemas. Mi teoría sostiene, en general, que las obligaciones morales resultantes son obligaciones

---

<sup>29</sup> Rodríguez 2021: 788-789.

<sup>30</sup> Enoch 2011a, 2011b, 2012. Una concepción que, sin embargo, ha sido criticada, por ejemplo, Rodríguez Blanco (2013), Monti (2021a).

<sup>31</sup> Greenberg 2011, 2014.

jurídicas. La denominaré la teoría del impacto moral porque sostiene que el derecho es el impacto moral de las acciones relevantes de las instituciones jurídicas<sup>32</sup>.

Sin embargo, parece que el hecho de que una niña persiguiendo su pelota se cruce ante nuestro auto impacta sobre mis deberes de un modo distinto a como lo hace el hecho de que el semáforo esté en rojo. Por ejemplo, si se cruza a una distancia suficiente que me resulta obvio que cruzará la calle antes de que mi auto llegué allí, entonces mi deber de detenerme no se activa. Sin embargo, habitualmente creemos que mi deber se activa cuando el semáforo se pone en rojo, aún si no cruza nadie y el hecho de saltarlo no pone en riesgo la vida de nadie. Es más, un decente policía urbano no sancionaría mi comportamiento en el primer caso, pero sí que lo haría en el segundo caso. ¿Por qué?

Tal vez, y este es el segundo modo de comprender cómo las directivas de las autoridades impactan sobre mis deberes morales, porque no son un modo resultante del mecanismo de activación, un modo indirecto de activar mis deberes, sino que los activan directamente. Este es el argumento recientemente presentado por Monti contra la teoría del impacto moral. En sus propias palabras:

Arguyo que cuando las autoridades imponen obligaciones en virtud de su autoridad, lo hacen directamente más bien que mediante el mecanismo de la activación. De hecho, hay muchos casos en los cuales un agente A activa una obligación para B emitiendo una directiva a tal efecto sin tener autoridad sobre B. Entonces, los defensores del mecanismo de la activación de la autoridad necesitan distinguir entre modos apropiados e inapropiados de activación. Sin embargo, mi argumento consiste en señalar que no hay ningún modo de trazar esta distinción de manera que excluya todos los falsos positivos de una forma que no sea ad hoc. Por lo tanto, si asumimos que las instituciones jurídicas crean obligaciones morales en el modo jurídicamente propio cuando lo hacen en virtud de su autoridad, entonces se sigue que debemos rechazar el *Triggering Natural Law*<sup>33</sup>.

La forma más articulada de presentar esta posición es la conocida doctrina raziana de la *autoridad como servicio*<sup>34</sup>. Para Raz, como es sabido, las directivas de las autoridades nos proveen con razones *protegidas*, esto es, razones de primer orden que prescriben comportarse como la norma establece y, a la vez, razones de segundo orden de carácter excluyente para no obrar por cualquier tipo de otras razones de primer orden. Dicha concepción va unida a su concepción de la autoridad como *servicio*, según la cual las normas de las autoridades legítimas sirven como mediadoras entre nuestras razones subyacentes para actuar (nuestras razones morales) y aquello

---

<sup>32</sup> Greenberg 2014: 1290.

<sup>33</sup> Monti 2021b: 2.

<sup>34</sup> Raz 1986, 1990, 1994.

que debemos hacer. En esta concepción, el hecho de que las autoridades jurídicas legítimas hayan promulgado determinadas normas, cambia nuestras razones para actuar. Es decir, las normas jurídicas tienen relevancia práctica en la medida en que están dotadas de autoridad.

Esto es, las autoridades jurídicas son autoridades prácticas y es un rasgo necesario de la naturaleza del derecho la pretensión de autoridad. Hay que admitir que no todas las autoridades jurídicas tienen legitimidad, sin embargo todas las autoridades *de facto* pretenden poseer autoridad legítima. Y, según Raz<sup>35</sup>, las tesis que caracterizan a la autoridad legítima son las tres siguientes:

1) *La tesis de la dependencia*: Todas las directivas dotadas de autoridad han de basarse, entre otros factores, en razones que se aplican a los sujetos de aquellas directivas y que se sostienen en las circunstancias cubiertas por las directivas. Las llamaré *razones dependientes*.

2) *La tesis de la justificación normal*: El modo normal y primario de establecer que una persona debe ser reconocida como teniendo autoridad sobre otra persona es que probablemente cumplirá mejor con las razones que se le aplican (distintas de las presuntas directivas dotadas de autoridad) si acepta las directivas de la presunta autoridad como obligatorias autoritativamente e intenta seguirlas, que si intenta seguir las razones que se le aplican directamente.

3) *La tesis del reemplazo (The Preemption Thesis)*: El hecho de que una autoridad requiere realizar una acción es una razón para su realización que no se añade al resto de razones relevantes cuando se evalúa qué hacer, sino que las reemplaza.

Entonces, por un lado, la fuerza obligatoria del derecho – en el caso que las autoridades jurídicas sean legítimas – deriva de estos hechos normativos robustos, de naturaleza moral, que legitiman la autoridad. Por otro lado, para que el derecho, con arreglo a su naturaleza, cumpla su función, éste debe identificarse sin recurrir a consideraciones morales, porque cuando se recurre a ellas nos vemos compelidos a analizar todas las razones y a ponderarlas y, por dicha razón, el derecho pierde su carácter de reemplazo, entonces las directivas ya no están protegidas, ya no son razones *excluyentes*.

Esta es precisamente la razón por la que Raz defiende la tesis fuerte de las fuentes sociales del derecho, con arreglo a la cual la identificación de la existencia y el contenido del derecho nunca depende de consideraciones morales.

Por cierto, cuando Jorge se refiere al positivismo jurídico excluyente de carácter raziano<sup>36</sup>, creo que no toma suficientemente en cuenta que la tesis raziana de

---

<sup>35</sup> Raz 1994: 214.

<sup>36</sup> Rodríguez 2021: 191-198. Aunque no puedo detenerme en ello aquí esta sección del autor termina con esta, en mi opinión sorprendente, afirmación (2021: 198): «[...] incluso concediendo que exista algo así como un único código moral objetivo o verdadero, [...] la identificación del contenido del derecho no puede sino depender de *nuestras creencias o convicciones morales* acerca de lo que esa

las fuentes sociales no es contraria a la dependencia metafísica del derecho de la moral, la doctrina raziana de la autoridad pone de manifiesto *precisamente*, que cuando las autoridades son legítimas, cuando consiguen generar deberes morales, lo hacen porque activan deberes de acuerdo con las razones *dependientes*, y entonces generan deberes morales. La tesis raziana no es de carácter metafísico sino *epistémico*. Es una sugerencia que también se halla en Plunkett<sup>37</sup> y en Monti<sup>38</sup>, es una tesis que dice cómo debe ser identificado el contenido del derecho, no dice en cambio en virtud de qué existe el contenido del derecho, lo que depende, para Raz, de su doctrina de la autoridad y de su concepción de las razones normativamente robustas para actuar. Plunkett lo dice del siguiente modo: «[para Raz] los agentes deben ser capaces de identificar el contenido del derecho *sin* comprometerse en el razonamiento práctico considerando todas las circunstancias acerca de qué hacer, o acerca de qué deben hacer *realmente* (donde “realmente” aquí, y de nuevo, significa la invocación de la idea de la normatividad robusta). Esta es una restricción epistemológica [...]»<sup>39</sup>. Y Monti de este otro modo: «debe apreciarse que la tesis de las fuentes es formulada en términos *epistemológicos* más bien que metafísicos. La tesis es que la existencia y el contenido del derecho pueden ser *identificados* sin recurrir a la argumentación moral, no que los hechos jurídicos no dependan para existir de los hechos morales»<sup>40</sup>.

Veamos esta idea con una analogía. Supongamos que alguien piensa que los comportamientos moralmente correctos son aquellos ordenados por Dios, supongamos también que cree que lo que Dios ordena sólo puede ser conocido por lo que aparece escrito en unas determinadas piedras cada comienzo de año. Entonces, el único modo de acceder *epistémicamente*, a los comportamientos moralmente correctos es leer lo que está escrito en dichas piedras, para lo que obviamente no se requiere el juicio moral, lo que es moralmente correcto es establecido únicamente por lo que aparece escrito en las piedras. Sin embargo, el hecho *metafísico* de que *mentir* es un comportamiento inmoral, no se explica totalmente por el hecho de que está escrito en las piedras, sino por el hecho fundamental de que Dios ha prohibido mentir.

Sea como fuere, ambos enfoques de las razones consideran que, al menos en algunos casos, las directivas de las autoridades alcanzan a generar deberes mora-

---

moral objetiva requería, no directamente de esta última, por lo cual aun bajo tales presupuestos debería preferirse la reconstrucción del positivismo excluyente por sobre del positivismo incluyente». Sin embargo, esta afirmación o bien expresa la obviedad de que nuestras creencias siempre son, en algún sentido, intrascendibles o bien lleva a un extraño escepticismo generalizado, puesto que también la creencia en un mundo exterior o la creencia en la evolución de las especies no son creencias que podamos trascender, aunque tenemos buenas razones para confiar en que *siguen el rastro de la verdad*.

<sup>37</sup> Plunkett 2019.

<sup>38</sup> Monti 2019.

<sup>39</sup> Plunkett 2019: 120.

<sup>40</sup> Monti 2021b: 8-9.



les y que, contrariamente a Jorge, no hay deberes jurídicos *robustos* distintos a los deberes morales. En este sentido, las autoridades *legítimas* activan de algún modo nuestros deberes morales. En los términos de uno de los padres de las *triggering reasons*, David Enoch: «quizás, por ejemplo, un intento de fundar la legitimidad de los estados democráticos en consideraciones de equidad procedimental puede acomodarse notando que en tales casos hay un deber previo (fundado en consideraciones de equidad) de seguir los resultados de los procedimientos equitativos»<sup>41</sup>. Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo con ello. Para algunos, me refería al comienzo a Williams<sup>42</sup>, las razones políticas y jurídicas conforman un espacio diferente al de las razones morales, algunas veces en conflicto con ellas. Williams escribió: «La cuestión “¿qué debo hacer?” puede preguntarse y responderse cuando no hay ninguna cuestión de obligaciones morales que esté involucrada en absoluto en la situación, y cuando sí está la obligación moral involucrada, lo que bajo tal obligación estoy sujeto a hacer puede no ser lo que, considerando todos los factores, debo hacer»<sup>43</sup>. Williams sostiene claramente que las razones morales no agotan el ámbito de lo que debemos hacer, de cómo debemos vivir, un ámbito que Williams pensaba que era el ámbito ético, que él distinguía claramente del moral. Es la tesis central de su conocido libro<sup>44</sup>, cuyo último capítulo, el décimo, lleva por título “Morality, the Peculiar Institution” y “the peculiar institution” era el modo cauto en el que los sudistas en los Estados Unidos llamaban a la esclavitud. Es más, en el libro al que antes me refería<sup>45</sup>, el autor claramente argumenta sus poderosas objeciones a lo que denomina, en el capítulo primero, el *moralismo político*, es decir, el punto de vista según el cual la moral tiene prioridad sobre la política. Le parece a Williams que este es un extremo reduccionista, que comparten el utilitarismo y el kantianismo, por ejemplo, y que impide a la filosofía contemporánea una adecuada concepción del ámbito práctico. En el ámbito práctico, según Williams, rige la conocida máxima del Fausto de Goethe: «Im Anfang war die Tat», y así precisamente se titula el libro de 2005, *In the beginning was the deed*<sup>46</sup>.

La cuestión, que nos llevaría demasiado lejos, en los términos de la filosofía política actual es la de si las razones de la *legitimidad* se fundan, como quería Enoch, en razones morales, en la *justicia* en último término o no se fundan en ella y dan lugar a un espacio de razones robustas distinto, un espacio que muestra que nuestro

---

<sup>41</sup> Enoch 2012: 35.

<sup>42</sup> Williams 2005.

<sup>43</sup> Williams 1981: 124-125.

<sup>44</sup> Williams 1985.

<sup>45</sup> Williams 2005.

<sup>46</sup> Como una curiosidad, la primera vez que Williams usó la expresión de Goethe fue como título de su contribución en homenaje a Carlos S. Nino por su fallecimiento en la Universidad de Yale, precisamente para criticar el moralismo político de Nino. Vd. Williams (1999).



razonamiento práctico se halla *fragmentado*<sup>47</sup>.

En mi opinión, una idea como esta late tras la defensa de Carrió de la actitud positivista. Una posición que halla su más acabada versión en el denominado *positivismo ético o normativo*. El positivismo jurídico tiene una dimensión normativa. El positivismo jurídico exige a los jueces la aplicación de las pautas públicas, identificables sin recurrir a pautas morales, que una sociedad se ha dado a sí misma para autogobernarse. Esta es la idea que Uberto Scarpelli defendió, como es sabido. Escribe Scarpelli:

Inherente al positivismo jurídico hay una elección política, pero la elección política es una elección por el derecho positivo identificado a través de sus características formales, es una elección de una ciencia y una práctica del derecho que, una vez aceptado el derecho positivo, lo estudia y lo aplica fielmente prescindiendo de todo juicio de valor acerca de su contenido<sup>48</sup>.

Esta es la idea que ha resurgido en los últimos años bajo la etiqueta de *positivismo jurídico normativo* o ético<sup>49</sup>. Stephen R. Perry ha distinguido entre dos sentidos de positivismo jurídico que es pertinente recordar aquí<sup>50</sup>. El positivismo jurídico *sustantivo* que sostiene “que no hay conexión necesaria entre la moralidad y el contenido del derecho” y el denominado positivismo jurídico *metodológico* para el cual “no hay conexión, ni necesaria ni de ningún otro tipo entre la moralidad y la teoría del derecho”. En un iluminador trabajo, José Luis Martí ha presentado de esta forma tan perspicua las dos tesis del positivismo normativo<sup>51</sup>:

(1) Tesis normativa: el positivismo jurídico está comprometido con los valores de autonomía y democracia que le llevan a suscribir una particular concepción del ideal de Estado de derecho, una teoría democrática de la autoridad y a prescribir que los jueces no deben recurrir a la moral, apartándose así de la letra de la ley, a la hora de resolver las disputas jurídicas [nota omitida].

(2) Tesis metodológica: La filosofía del derecho parte siempre de presupuestos normativos, y en consecuencia debe abandonar la pretensión de desarrollar su análisis conceptual en la más estricta neutralidad valorativa.

---

<sup>47</sup> Una original e interesante propuesta en este sentido, que trata de reivindicar un lugar para el derecho en el espacio de las razones, entre la coacción y la moralidad, como Hart quería, se halla recientemente en Monti (2019, 2021b), pero lamentablemente aquí no puedo discutirla con detalle.

<sup>48</sup> Scarpelli 1965: 133.

<sup>49</sup> Por Campbell (1996), Murphy (2001), Waldron (2001, 2005), o Green (2008). En la literatura en español, con algunos matices, Hierro (2002), Martí (2008-9), Laporta (2007) y recientemente Atria 2016.

<sup>50</sup> Perry 2001: 311-313.

<sup>51</sup> Martí 2008-2009: 438.

La tesis metodológica es el rechazo precisamente de lo que Perry denomina positivismo jurídico metodológico. Si el positivismo jurídico abandona la idea de que la tarea de elucidar la naturaleza del derecho es una tarea descriptiva y conceptual, sin ninguna consecuencia para la práctica del derecho, entonces el positivismo jurídico entra en el debate normativo. Es obvio que Hart se resistió a dar este paso y su respuesta a Dworkin en el *Postscript*<sup>52</sup> se funda en insistir en que su concepción del derecho no es incompatible con la de Dworkin, porque la suya es una tarea descriptiva y conceptual, mientras la de Dworkin es una tarea valorativa y comprometida. A pesar de ello, la respuesta de Dworkin al *Postscript* es considerar que el positivismo jurídico es una concepción interpretativa del derecho, con consecuencias para la práctica jurídica<sup>53</sup>. El análisis conceptual de la naturaleza del derecho, como el análisis de otras de nuestras instituciones, como la naturaleza de la democracia o de la amistad, tiene una dimensión normativa. Solamente embarcados en ella podemos tener un concepto de derecho. Hart no está de acuerdo:

Mientras la teoría interpretativa del derecho de Dworkin descansa en el presupuesto de que el sentido o el propósito del derecho y de la práctica jurídica es justificar la coerción, ciertamente no mantengo ni nunca he mantenido el punto de vista con arreglo al cual el derecho tiene este sentido o propósito. Como otras formas de positivismo mi teoría no pretende identificar el sentido o el propósito del derecho y de las prácticas jurídicas como tales; de modo que no hay nada en mi teoría a favor del punto de vista de Dworkin, que ciertamente no comparto, de que el propósito del derecho es justificar el uso de la coerción. De hecho, considero bastante vano tratar de delimitar para el derecho un propósito específico más allá de señalar que suministra guías para el comportamiento humano y estándares de crítica de tal comportamiento<sup>54</sup>.

Parece claro, sin embargo, que Hart no puede excluir una concepción del derecho como la de Dworkin sin apelar a algunos elementos evaluativos que privilegieren su idea de que la naturaleza del derecho guarda una relación esencial con la dirección y evaluación del comportamiento humano y no con otras funciones que el derecho también realiza<sup>55</sup>.

Por dicha razón, merece la pena atender a cómo Dworkin considera que la concepción de Hart puede ser contemplada como una concepción interpretativa del derecho. Una concepción que privilegia el valor de la legalidad, del sometimiento de los aplicadores del derecho a pautas públicas, previamente conocidas e identi-

---

<sup>52</sup> Hart 1994.

<sup>53</sup> Dworkin 2006.

<sup>54</sup> Hart 1994: 248-249.

<sup>55</sup> Vd., para esta idea, Perry 1995.

ficables. Una concepción que descansa, como nos recordaba Martí, en la noción de Estado de Derecho, en el respeto a la autonomía personal y en una concepción democrática de la autoridad, que hace de las decisiones de los jueces decisiones justificadas en la medida en que se fundan en la voluntad de todos de autogobernarnos. Es indiscutible que estas ideas se hallan en el origen de la Ilustración jurídica y que recorren la columna vertebral del movimiento conocido como positivismo jurídico. Esta forma de entender la legalidad es la que está en el núcleo del positivismo, «la legalidad insiste en que el poder [de aplicar el derecho] es ejercido sólo con arreglo a pautas establecidas de la manera correcta antes de su ejercicio»<sup>56</sup>. El valor que reside detrás de esta idea es, según Dworkin, el valor de la *perspicuidad* (*accuracy*):

Por *perspicuidad* entiendo el poder de los funcionarios políticos para ejercer el poder coercitivo del estado de una manera sustantivamente justa y eficaz. La legalidad promueve la perspicuidad si los actos oficiales son más probablemente sabios o justos en la medida en que son gobernados por pautas establecidas en lugar de por representar meramente el juicio de algún funcionario acerca de lo que es justo o sabio<sup>57</sup>.

Si tenemos en cuenta lo que Rawls ha llamado el “hecho del pluralismo”<sup>58</sup>, es decir, la gran discrepancia que sobre muchas cuestiones prácticas hay en nuestras sociedades, una posición como ésta resulta, según creo, atractiva.

Claro, como bien sabemos, Dworkin no está de acuerdo. Cree que alguna concepción más abarcadora, como la de la *integridad*, honra mejor los ideales que anidan detrás del Estado de Derecho. Ahora bien, mi propuesta consiste precisamente en entender el positivismo de este modo, del modo en el que Dworkin arguye que Hart debe ser interpretado. Incorporar a la actitud positivista esta concepción normativa del derecho y otorgar así sentido a la idea de que sólo un juez positivista puede actuar correctamente como un juez de derecho.

Pocos, si alguno, entre los teóricos del derecho actuales pondrá en duda que tras el ideal del Estado de Derecho hay una adhesión normativa al valor de la certeza. Y es así porque la certeza honra nuestra autonomía, sólo pautas jurídicas claras, previas, públicas, permiten que diseñemos y llevemos adelante nuestros planes de vida con libertad.

Este es, de acuerdo con el positivismo jurídico normativo, el modo en el que la tesis de la separación entre el derecho y la moralidad ha de ser comprendida: se trata de una recomendación normativa para que el derecho sea generado de modo que la identificación de su contenido no requiera acudir a valoraciones morales. Esto es lo

<sup>56</sup> Dworkin 2006: 169.

<sup>57</sup> Dworkin 2006: 172-3.

<sup>58</sup> Rawls 1993: xvii-xix.

que permite a los jueces, precisamente, aplicar las normas jurídicas y no sus valoraciones particulares, como Carrió nos recordaba.

En este sentido, el núcleo del positivismo jurídico normativo es ampliamente compartido. No obstante, ¿debe llevarse el ideal de la certeza al extremo? En otros lugares<sup>59</sup>, he tratado de mostrar que precisamente para honrar la autonomía de los destinatarios de las normas, es preciso dejar que las normas contengan *defeaters* valorativos, que dan mayor discreción a los jueces pero respetan en mayor medida nuestra autonomía.

En la teoría del derecho contemporánea, al menos a partir de la crítica dworkiniana a la teoría hartiana de las reglas, se acostumbra a presentar una imagen del derecho con arreglo a la cual el derecho está integrado por dos niveles: el nivel de las reglas, que operan en el razonamiento práctico como razones protegidas, como hemos visto, como razones de primer orden para realizar aquello que las normas prescriben y razones de segundo orden para no obrar de acuerdo con las razones de primer orden contrarias a las reglas jurídicas; y el nivel de los principios, integrado por pautas que no son perentorias ni opacas a la razón que las justifica y que requieren del juicio para ser aplicados. Pues bien, la conjetura es la siguiente: esta imagen de dos niveles debe ser sustituida por una imagen con un solo nivel en el que habitan las reglas, pero en este nivel hay también *defeaters*, que funcionan como conductos, como *gárgolas* si se quiere, por los que el razonamiento de aplicación del derecho, principalmente el razonamiento judicial, puede acudir al razonamiento moral.

## 5. Concluyendo: a *blind spot*

Terminaba, ha de resultar claro, con mi propia posición al respecto del lugar que ocupa la moral en el razonamiento jurídico. Un lugar que, por un lado, permite establecer cuándo y cómo las autoridades jurídicas gozan de legitimidad, una cuestión que hace de la filosofía del derecho una provincia de la filosofía política y, por otro lado, requiere que la aplicación del derecho esté abierta a la moralidad, precisamente para respetar nuestra autonomía del modo adecuado, y así la emparenta con la filosofía moral.

Ambas cuestiones son, obviamente, controvertibles y controvertidas. Sin embargo, en mi opinión, no tener respuesta alguna a dichas cuestiones deja nuestra teoría jurídica incompleta. El derecho ocupa un lugar crucial en nuestras vidas, castiga determinados comportamientos con la privación de libertad, establece medidas coercitivas cuando, por ejemplo, no nos hacemos cargo de nuestras deudas con terceros y con el propio estado, permite la coordinación de muchos de nuestros comportamientos, constriñe a veces nuestras expectativas, otras las canaliza y am-

---

<sup>59</sup> Por ejemplo, Moreso 2009, 2020.

plía. Tener una conciencia más agudizada del modo cómo lo hace, del lugar que las razones jurídicas ocupan en el espacio de las razones es fundamental para nosotros, los seres humanos que, al fin y al cabo, somos las únicas criaturas que conocemos sensibles a las razones. Por ello una teoría del derecho ha de contener una teoría de la normatividad. No hacerlo así, me temo, es generar en ella un *ángulo muerto*, y los ángulos muertos tienden a generarnos problemas sin fin.

Es obvio que Jorge ha tratado también de dar respuesta a algunas de estas preguntas. Una respuesta que rechaza el objetivismo ético, pero que parece conceder un lugar a las razones jurídicas, en el espacio, más bien *humeano*, que ha dibujado para las razones para la acción. Mi conjetura final es que para que sus intuiciones encajen adecuadamente debe abrazar algo como el positivismo jurídico normativo.

### Referencias bibliográficas

- Alchourrón, C. E.; Bulygin, E. (1983). *Deontic Truth and Values*, en Kangas, U. (ed.), *Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen*. Helsinki, Oikeustiede Jurisprudentia, 17-35. Versión en castellano: Alchourrón, C. E.; Bulygin, E. (2001), *Verdad deóntica y valores*, en Id., *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 591-609.
- Alexy, R. (1989). *On Necessary Relations Between Law and Morality*, «Ratio Juris», 2, 167-189.
- Alexy, R. (1992). *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg/München, Verlag Alber.
- Alexy, R. (2013). *El No-Positivismo Incluyente*. «Doxa», 36, 15-23.
- Atria, F. (2016). *La forma del Derecho*. Madrid, Marcial Pons.
- Ayer, A. J. (1936/1971). *Language, Truth and Logic*. Harmondsworth-Middlesex, Penguin Books.
- Bobbio, N. (1965). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano, Ed. di Comunità.
- Borges, J. L. (1993). *El principio en Atlas* [1984], en Id., *Obras Completas, IV* (1976-1985). Barcelona, Círculo de Lectores.
- Campbell, T. D. (1996). *The Legal Theory of Ethical Positivism*. Aldershot, Dartmouth.
- Carrió, G. R. (1990). *Un intento de superación de la controversia entre positivistas y jusnaturalistas (réplica a Carlos S. Nino)*, en Id., *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 375-404.
- Chalmers, D. (2011). *Verbal Disputes*, «Philosophical Review», 120, 515-566.
- Chilovi, S. (2020). *Grounding-based Formulations of Legal Positivism*, «Philosophical Studies», 177, 3283-3302.
- Christiano, T. (2004). *The Authority of Democracy*. «Journal of Political Philosophy», 12(3), 245-270.

- Cohen, G. A. (2003). *Facts and Principles*, «Philosophy & Public Affairs», 31, 211-245.
- Enoch, D. (2011a). *Giving Practical Reasons*, «The Philosopher's Imprint», 11(4).
- Enoch, D. (2011b). *Reason-Giving and the Law*, «Oxford Studies in the Philosophy of Law», 1, 1-38.
- Enoch, D. (2012). *Authority and Reason-Giving*, «Philosophy and Phenomenological Research», 89(2), 296-332.
- Dworkin, R. (2006). *Hart's Postscript and the Point of Political Philosophy*, en Id., *Justice in Robes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, cap. 6.
- Ferrajoli, L. (2018). *Manifiesto per l'uguaglianza*. Roma-Bari, Laterza.
- Finlay, S. (2019). *Defining Normativity*, en Plunkett, D., Shapiro, S., Toh, K. (eds.), *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 62-104.
- Flanagan, B., Hannikainen, I. R. (2020). *The Folk Concept of Law: Law Is Intrinsically Moral*, «Australasian Journal of Philosophy», 100(1), 165-179.
- Green, L. (2008). *Positivism and the Inseparability of Law and Morals*, «New York University Law Review», 83, 1035-1058.
- Greenberg, M. (2011). *The Standard Picture and its Discontents*, en Green, L, Leiter, B. (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law* (vol.1), Oxford, Oxford University Press, 39-106.
- Greenberg, M. (2014). *The Moral Impact Theory of Law*, «The Yale Law Journal», 123, 1288-1314.
- Hart, H.L.A. (1958). *Positivism and the Separation of Law and Morals*, «Harvard Law Review», 71, 593-629.
- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1994). *Postscript*, en Id., *The Concept of Law* (2 ed.), Oxford, Oxford University Press.
- Hierro, L. (2002). *¿Por qué ser positivista?*. «Doxa» 25, 263-302.
- James, W. (1907). *Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking*, New York, Longman Green and Co.
- Kelsen, H. (1948). *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*, «American Political Science Review», 42(05), 906-914.
- Kilcullen, J. (1999). *The Political Writings*, en Spade, P.V. (ed.), *The Cambridge Companion to Ockham*, Cambridge, Cambridge University Press, cap. 13.
- Laporta, F. J. (2007). *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta.
- Larenz, K. (1935). *Rechtsperson und subjektives Recht zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe*, en Id. (Hrsg.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin, Junker & Dünhaupt.

- Leiter, B. (2015). *Normativity for Naturalists*, «Philosophical Issues», 25, 64-79.
- Martí, J.L. (2008-2009). *Sobre la normatividad de la filosofía del derecho*, «Anuario de Filosofía del Derecho», 25, 427-454.
- Monti, E. H. (2019). *The Binding Nature of Law*. PhD Dissertation, London, King's College.
- Monti, E. H. (2021a). *Against Triggering Accounts of Robust Reason-Giving*, «Philosophical Studies», 178 (11), 3731-3753.
- Monti, E. H. (2021b). *On The Moral Impact of Theory of Law*, «Oxford Journal of Legal Studies», 42(1), 1-27
- Moreso, J.J. (2009). *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons.
- Moreso, J.J. (2017). *Deontic Truth and Values*, «Crítica, Revista Hispanoamericana de Filosofía», 49 (146), 61-74.
- Moreso, J.J. (2020). *Lo normativo: variedades y variaciones*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Moreso, J.J. (2022). *El fundamento moral del derecho (sobre el positivismo jurídico de nuevo)*, «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 56, 33-54.
- Murphy, L. (2011). *The Political Question of the Concept of Law*, en Coleman, J. (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, cap. 11.
- Navarro, P. E.; Rodríguez, J. L. (2014). *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Olivecrona, K. (1940). *England eller Tyskland*, Lund, C. W. K. Gleerup.
- Olivecrona, K. (1941). *Europa och Amerika*, Lund, Sundqvist & Emond.
- Perry, S. R. (1995). *Interpretation and Methodology in Legal Theory*, en Marmor, A. (ed.), *Law and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, cap. 3.
- Perry, S. R. (2001). *Hart's Methodological Positivism*, en Coleman, J., (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, cap. 9.
- Pettit, P. (2012). *On the People's Terms*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Plunkett, D. (2019). *Robust Normativity, Morality, and Legal Positivism*, en Plunkett, D., Shapiro, S., and Toh, K. (eds.), *Dimensions of Normativity*, Oxford, Oxford University Press, 105-136.
- Radbruch, G. (1946). *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, «Süd-deutsche Juristen-Zeitung», 1, 105-108.
- Rawls, John (1993). *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press.
- Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press.
- Raz, J. (1990): *Practical Reason and Norms* (2 ed.), Princeton (NJ), Princeton University Press.



- Raz, J. (1994). *Authority, Law, and Morality*, en Id., *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press, 194-221.
- Rodríguez, J.L. (2002). *Lógica de los sistemas normativos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rodríguez, J.L. (2021). *Teoría analítica del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- Rodríguez Blanco, V. (2013). *Reasons in Action v Triggering Reasons: A Reply to Enoch on Reason-Giving and Legal Normativity*, «Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho», 1(7), 3-25.
- Ross, A. (1952). *Why Democracy?*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Scarpelli, U. (1965). *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizione di Comunità.
- Sen, A. (1966). *The Nature and Classes of Prescriptive Judgments*, «The Philosophical Quarterly», 17, 46-62.
- Waldron, J. (2001). *Normative (or Ethical) Positivism*, en Coleman, J. (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, cap. 12.
- Waldron, J. (2005). *Law*, en Jackson, F., Smith, M. (eds), *The Oxford Handbook of Contemporary Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 181-207.
- Williams, B. (1981). *Practical Necessity*, en Id., *Moral Luck: Philosophical Papers 1973-1980*, Cambridge, Cambridge University Press, 124-131.
- Williams, B. (1985). *Ethics and the Limits of Philosophy*, London, Fontana Press.
- Williams, B. (1999). *In the Beginning Was the Deed*, en Hongju Koh, H., Slye, R. C. (eds.). *Deliberative Democracy and Human Rights*, New Haven (Conn.), Yale University Press, cap. 3.
- Williams, B. (2005). *In the Beginning Was the Deed. Realism and Moralism in Political Argument* (G. Hawthorn, ed.), Princeton (NJ), Princeton University Press.