

## LA MORALIDAD IMPLÍCITA DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Max SILVA ABBOTT

Universidad Católica de la Santísima Concepción (Chile)

RIVAS PALÁ, Pedro, *El retorno a los orígenes de la tradición positivista. Una aproximación a la filosofía jurídica del positivismo ético contemporáneo*, Madrid, Thomson/Civitas, 2007, 150 páginas.

Se trata de un pequeño libro que desarrolla un concienzudo análisis de buena parte del debate del positivismo jurídico anglosajón contemporáneo. Como indica su subtítulo, aborda el actual intento por fundamentar al positivismo no tanto por sus méritos científicos o metodológicos, sino sobre todo morales, esto es, en razón de ser considerado por sus defensores como la teoría que permite arribar a un «buen Derecho», incluso al mejor, de cara a nuestras actuales sociedades democráticas. “En último término estamos ante un positivismo que tiene unos fundamentos éticos y políticos. Son unos determinados valores o bienes de carácter ético y político los que están en la base de las afirmaciones sobre el Derecho” (pp. 13-14).

Esta es la razón por la cual se trata de un «positivismo jurídico ético»: el fundamento para ser positivista es precisamente lo que buena parte de la tradición del siglo XX intentaba dejar de lado: la apelación a valores. De esta manera, lo que antes era visto como sinónimo de impureza metódica o contaminación ideológica, hoy es tenido por la máxima fortaleza de estas teorías. Por eso sus esfuerzos no apuntan tanto a la descripción de los actuales sistemas jurídicos, sino a prescribir cómo, de acuerdo a sus ideales ético-políticos, debe ser su legislación, la labor del juez, la interpretación, los derechos humanos, etc. En suma, “el positivismo jurídico ético no es una versión analítica sobre la semántica de la expresión «Derecho» o sobre el sentido profundo del discurso jurídico. Tampoco es una teoría descriptiva-explicativa sobre el mejor modo de entender el Derecho y sus funciones sociales. Se trata de una teoría moral sobre el ejercicio del poder político visto como la actividad de controlar y coordinar de forma moralmente defendible la conducta de un número grande de personas” (p. 87). De hecho, “la fuerza que motiva y organiza al positivismo jurídico ético es una visión política sustantiva sobre el sentido moral de la concepción positivista de lo que se parece a un sistema jurídico bueno y de cómo contribuye a una política justa, efectiva y democrática” (p. 88).

El autor habla acertadamente de un «retorno a los orígenes» de la tradición positivista. Acertadamente, porque en el capítulo uno, en un sucinto pero esclarecedor análisis de la génesis del positivismo anglosajón, muestra que pensadores como Hobbes, Bentham y Austin defienden el «positivismo jurídico» no tanto por razones científicas, sino ético-políticas: el Derecho tal como ellos lo conciben, es

estimado el instrumento idóneo para alcanzar la organización política que creen adecuada, fundada en valores diferentes en cada autor. Así, en Hobbes “el concepto del Derecho no es un punto de partida, sino el corolario de otras tesis previas, no meramente formales” (p. 26). En Bentham “el concepto de Derecho [...] se legitima por su relación con la moral y su capacidad de hacer vigente social y políticamente el principio de utilidad” (p. 34). Finalmente, si bien en Austin el asunto es discutible, existen poderosos indicios para estimar que su propósito es prescriptivo o normativo y no meramente descriptivo o conceptual en lo que al Derecho se refiere.

Esta forma de entender y presentar al positivismo jurídico no acaba con los aludidos autores. En el capítulo dos, Rivas logra poner de manifiesto cómo de forma explícita o implícita, estos elementos valorativos permanecen en la obra de Hart. Para ello, además de analizar al conocido autor inglés, pasa revista a diversas investigaciones sobre esta materia hartiana de las últimas décadas (MacCormick, Lyons, Orrego, Chiassoni, Diciotti, Jori y Villa). De este modo, las conclusiones de estos estudiosos apuntan a que es la presencia de valores lo que explica, entre otras cosas, el empeño hartiano por lograr un análisis neutral del Derecho –al considerarlo deseable–, que los conceptos sean definidos más en virtud de los fines del científico que de acuerdo a la realidad del propio Derecho analizado, el principio de separación entre Derecho y moral, o la selección moral de lo que se considera «relevante» antes de la formulación de cualquier teoría jurídica supuestamente descriptiva. Por eso puede concluirse, siguiendo en parte a MacCormick, que la defensa de Hart del positivismo jurídico obedece a su propia moral.

La presencia de valores también permite explicar las aseveraciones de Raz, quien “nunca ha presentado de manera expresa sus tesis sobre el Derecho como metodológicas, conceptuales, descriptivas o normativas” (p. 53). Al contrario, en este autor se percibe claramente que la justificación de su forma de abordar el Derecho y su teoría de la interpretación dependen de sus convicciones políticas y morales (sobre todo por el concepto de autoridad y su función política, vinculadas ambas a su «tesis social»), de tal modo que el Derecho “se presenta a sí mismo como un cuerpo de estándares de autoridad que requiere a quienes se les aplican que reconozcan tal autoridad” (p. 59). Lo importante es la función que tiene el Derecho: lograr la cooperación social mediante la autoridad, que “asegura la coordinación sólo si los ciudadanos afectados dejan de lado su juicio y no actúan sobre la base de razones de primer orden sino sobre la base de las instrucciones de la autoridad” (pp. 62-63). Esto es fundamental, porque “las reglas y otras directivas tienen por tanto un papel de mediación y por eso constituyen razones para la acción con independencia de su contenido” (p. 65). Todo lo cual hace concluir a Rivas que “hay numerosas razones para defender que el positivismo de Raz depende de unas determinadas tesis propias de una filosofía política y moral” (p. 68).

Continúa con el análisis del pensamiento de Schauer y su «positivismo presuntivo», que en algunos aspectos se acerca bastante al positivismo legal incluyente. Debe destacarse que “«presuntivo» no se toma en el sentido de «conjeturar un

hecho a partir de otro conocido» sino como la fuerza que poseen las reglas hasta el punto de que han de aplicarse salvo razones especiales. Describe así un grado de prioridad fuerte pero derrotable. Es decir, el positivismo presunto es una manera de describir el juego recíproco entre un subconjunto de reglas identificables por su origen y el universo general de las normas (no todas identificables por su origen), de manera que el primero es tratado por los decidores como si prevaleciera de forma presuntiva” (p. 70). De ahí que para este autor “nuestra concepción del Derecho tiene consecuencias morales y la pregunta por cómo debemos concebir el Derecho es instrumental respecto a fines morales. Por eso, la concepción del Derecho no se encuentra sino que se adopta por razones morales” (p. 73).

Le sigue el análisis del «positivismo normativo» de Waldron, explícitamente reconocido como positivismo ético por él, en razón de defender ciertos valores que considera fundamentales. De hecho, “el uso que los ciudadanos comunes hacen del concepto de Derecho tiene que ver con la deseabilidad de verse gobernados según unas ciertas formas y no según otras. De ahí que los elementos éticos y políticos no pueden soslayarse a la hora de dar un concepto de Derecho” (p. 75), si bien teme que estos valores puedan quedar entregados eventualmente a “una élite judicial que hace juicios de moralidad política en lugar de los ciudadanos y además en cuestiones que afectan los intereses, derechos y deberes de estos últimos” (p. 77).

Posteriormente se analizan las obras de Posema, para quien “una Teoría del Derecho no puede divorciarse de la consideración del propósito, sentido o función de las instituciones jurídicas” (p. 81), y de MacCormick, quien parece reconocer que el positivismo jurídico requiere ser justificado moralmente “y que no es sólo un conjunto de afirmaciones sobre unos hechos aparentemente objetivos y científicos que ocurren en los sistemas jurídicos” (p. 81). Es por eso que para este último autor, Hart habría defendido al positivismo como parte de su propia moral, en virtud de ser, en el fondo, un moralista crítico. Finalmente, se pasa revista a las tesis de Goldsworthy y Dyzenhaus. Para el primero, el razonamiento judicial busca justificar de forma pública la decisión del juez, lo que obliga a emplear razones morales vinculadas al punto de vista interno. El segundo llega más lejos, e insiste en la necesidad de entender el positivismo jurídico como parte de una tradición de tipo político, “porque una exposición ahistórica y apolítica del positivismo jurídico es incapaz de explicar correctamente las consecuencias que de él se derivan para la dinámica jurídica” (p. 84). De ahí que acuse una “incapacidad en Hart para dar cuenta de la normatividad del Derecho, ya que no explica cómo la regla de reconocimiento crea obligación alguna a los funcionarios que la aplican” (p. 85).

De esta manera, lo importante a destacar es que luego de este muy completo análisis del *status questionis*, en todos estos autores la exigencia de la separación entre Derecho y moral y el empeño por encontrar criterios «objetivos» tanto para la identificación como para la aplicación del Derecho, obedecen a razones morales, y por tanto, sean o no conscientes de ello, a un positivismo ético, que suele vincularse al actual sistema democrático de gobierno.

El capítulo tres está dedicado íntegramente al estudio de la obra de Campbell, por considerarlo el mayor representante actual del positivismo jurídico ético. La suya es, en el fondo, una teoría moral sobre el ejercicio del poder político, visto como la forma de controlar y coordinar de manera moralmente defendible la conducta de un número elevado de personas. “Lo que formula es algo más que una simple posibilidad conceptual, es una tesis moral en relación con los beneficios de obtener un sistema jurídico como el que prescribe” (p. 91), puesto que “la legislación posee los caracteres de certeza, predecibilidad y autoridad, que benefician la coordinación, la resolución de los conflictos y el control de las conductas” (p. 96), basado en ciertas preferencias políticas. Esta es la razón por la cual suscribe la separabilidad entre Derecho y moral, a fin de poder servir a dichos fines. Por eso su interés es que tanto para establecer la existencia de sus normas, como sus consecuencias, en principio ningún sistema jurídico admita el uso de criterios explícitamente morales o también abiertos a la controversia. Y en caso de haberlos, deben estar expresados de tal forma que su inteligibilidad no presente problemas ni dudas.

Campbell relaciona positivismo jurídico y democracia, razón por la cual aboga por un poder lo más maniatado posible, en lo que podría llamarse un sistema de «leyes claras y distintas», puesto que defiende la existencia de normas que puedan ser entendidas y aplicadas sin acudir a valores morales y políticos discutibles. De esta manera, amparado por este marco jurídico, se daría un amplísimo margen al debate para decidir prácticamente cualquier cosa.

La idea de fondo es, así, que los gobiernos funcionen a través de un orden jurídico “lo más parecido posible a un sistema autónomo de reglas de mandato rápidamente identificable, de tal claridad, precisión y alcance que puedan entenderse y aplicarse habitualmente sin recurrir a juicios morales y políticos controvertidos” (p. 98).

Todo esto supone varias exigencias, tanto para la labor del legislador como del juez, que remiten sobre todo al lenguaje, que debe lograr un “significado contextual claro” (p. 103) de los términos empleados. Por eso considera que “es deber de los jueces determinar el contenido del Derecho y aplicarlo sin recurso a juicios morales” (p. 99), para lo cual formula una “auténtica ética del positivismo propia del juez en un sistema de gobierno por reglas” (pp. 99-100). Sin embargo, Campbell irá reconociendo con el paso del tiempo que este ideal sufre un cúmulo de excepciones en la práctica, al ser “imposible evitar completamente las zonas de penumbra en las reglas y los casos marginales” (p. 104), todo lo cual “le conduce a tener que reconocer la discrecionalidad judicial” (p. 107). Lo anterior, como se ha dicho, fruto de sus ideales políticos, que apuntan a la defensa de un gobierno de las leyes en un sistema democrático.

Por igual motivo, insta por la desjudicialización de los derechos humanos, siendo contrario a que se consagren en un *bill of rights* de rango constitucional y sean tutelados por los tribunales, puesto que a su juicio, esto les otorgaría un estatuto especial existiendo “el riesgo de que una minoría (los miembros de dichos órganos) no respete la voluntad de la mayoría” (p. 111). Es por eso que concluye

Rivas que en Campbell, “el ideal positivista de reglas claras, precisas, determinadas, de contenido incontrovertido y aplicables sin recurso a razonamiento moral, es también aplicable a los derechos humanos” (p. 112).

Finalmente, en el capítulo cuatro se hacen varias observaciones a la obra de Campbell. En primer lugar, se valora el hecho de que para lograr una comprensión mínimamente adecuada del fenómeno jurídico, se comprenda que resulta imprescindible una perspectiva normativa, es decir, de “tesis sobre lo que debe ser el Derecho en función de los objetivos o propósitos éticos y políticos que pretende lograr” (p. 116). Lo anterior se debe a que el Derecho no es un objeto físico sino humano, lo que obliga a indagar acerca del propósito que se ha tenido en mente al construirlo.

Sin embargo, también se formulan varias críticas, entre otras, en lo que concierne a la tesis de la obediencia al Derecho (puesto que la noción de «Derecho» es inseparable de la de «obligatoriedad») y en relación a la discrecionalidad judicial, que Campbell reconoce para los casos complejos. Respecto de esto último, parece evidente que dicha discrecionalidad contradice sus intentos por limitar la interpretación al máximo mediante un sistema contextual claro, según se ha visto, que precisamente buscaba la “expulsión de los criterios de validez jurídica explícitamente morales o abiertos a la controversia” (p. 123).

En efecto, referirse a la inmoralidad o a la injusticia del resultado de la labor interpretativa es manifiestamente contradictorio con la exigencia de la separación entre Derecho y moral. “De ahí que la insistencia en mantener la tesis social a pesar de tener que aceptar [...] la discrecionalidad, da la impresión de ser una operación arbitraria que tiene por objeto conservar a toda costa la denominación de origen «positivismo jurídico». No puede extrañar que los epígonos de Hart hayan terminado discutiendo sobre las formulaciones de la tesis positivista en lugar de tratar el Derecho” (p. 124).

Finalmente, se echa en falta en Campbell un conocimiento más detallado de la filosofía jurídica continental, puesto que varios de sus postulados relativos al tipo de legislación ideal, a la interpretación o a la labor del juez, aparecen como claramente trasnochados, sin perjuicio de haber sido superados hace mucho tiempo: “lo que Campbell pretende ya fue pretendido por el Código napoleónico y por la Escuela francesa de la Exégesis hace doscientos años y hace bastante que sólo forma parte de los libros de Historia del Derecho. Por eso, a los oídos de la Metodología de la ciencia jurídica continental las afirmaciones de Campbell sobre la interpretación suenan a desvarío” (p. 126).

Termina el autor su análisis con atinados comentarios respecto a las relaciones entre democracia y derechos humanos, mostrando claramente que es la primera la que se fundamenta en los segundos y no lo contrario, como parece pretender Campbell: “Si los derechos son expresión de la libertad, la igualdad y la dignidad humana, y la democracia se funda, se justifica o se legitima por referencia a esos mismos bienes, entonces no será legítima si contradice tales bienes que actúan, en consecuencia, no sólo como fundamento sino simultáneamente como límite” (p. 137).

En síntesis, se trata de una muy interesante y útil obra de consulta, obligada para quienes quieran adentrarse en un cúmulo de aspectos esenciales de esta acalorada disputa filosófica, jurídica, moral y política del ámbito anglosajón de nuestros días. El libro, además, está escrito de manera clara y elegante, y con un rigor científico que satisface a los más exigentes.