

ACUERDOS Y DESACUERDOS. ALGUNAS OBSERVACIONES INTRODUCTORIAS *

Robert ALEXY

Universidad de Kiel (Alemania).

Que dos teorías del derecho sean diferentes no implica que difieran en todos los aspectos. Es más bien la situación opuesta, es decir, que hay algunos puntos en común, pero también algunos puntos de desacuerdo. Comenzaré por tres puntos sobre los que parece haber al menos cierta conexión entre las opiniones de Joseph Raz y las mías propias. Seguidamente, trataré la que, quizás, sea la diferencia más importante.

Dado que, con estas reflexiones, sólo pretendo introducir el debate, tendré que ser muy breve y esquemático.

La coincidencia más general y abstracta parece residir en la concepción de la filosofía jurídica como un proyecto universalista. Ésta trata de razonar sobre la naturaleza del derecho. Preguntarse por la naturaleza de algo va más allá de preguntarse por sus características relevantes o importantes. Las preguntas en torno a la naturaleza del derecho son preguntas en torno a sus características *necesarias*. Por tanto, ante la pregunta de “¿Cuál es la naturaleza del derecho?”, podríamos sustituirla por “¿Cuáles son las características necesarias del derecho?”

La necesidad implica universalidad. Si el derecho está necesariamente relacionado con la coerción o la fuerza, todos los sistemas jurídicos reflejarán entonces esta conexión necesaria. Como plantea Kant, “la necesidad y la universalidad estricta... son inseparables”¹. La necesidad no sólo está vinculada intrínsecamente con la universalidad, sino también con la esencia. Las características necesarias del derecho son, cuando se refieren específicamente al mismo, sus características esenciales². La filosofía jurídica, en tanto que indaga en la naturaleza del derecho, es, por consiguiente, no sólo una labor universalista sino también esencialista.

No obstante, hay una diferencia importante. Raz conecta las tesis de que “la filosofía jurídica es universal”³, de que “la necesidad está en la naturaleza de la actividad”⁴, y de que hay “rasgos esenciales del derecho”⁵ con la tesis de que el

* Agradezco a Stanley L. Paulson su ayuda y asesoramiento a la hora de la redacción en inglés.

1. I. Kant, *Critique of Pure Reason*, traducción y edición inglesas de Paul Guyer y Allen W. Wood, Cambridge, 1997, 137-8 (B4).

2. R. Alexy, “The Nature of Legal Philosophy”, *Ratio Juris* 17 (2004), 162-3.

3. J. Raz, “On the Nature of Law”, *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* 82 (1996), 1.

4. *Ibid.*, 2.

5. *Ibid.*, 6.

concepto de derecho es local. La razón a la que alude para este carácter local, no universal, del concepto de derecho es que “éste es en sí mismo producto de una cultura específica”⁶. Un ejemplo dado por Raz es el de las “comunidades teocráticas judías”, que tenían “un sistema jurídico, aunque carecían del concepto de derecho”⁷.

La tesis de Raz de que “todos los conceptos son locales”⁸ parece ser cierta y no serlo al mismo tiempo. El hecho de que los individuos tengan o posean conceptos es una realidad. En tanto que los conceptos dependen de convenciones, podríamos decir que su posesión es un “hecho social”. Los conceptos como hechos sociales son, en realidad, “producto de una cultura específica”⁹. Pero los conceptos son convenciones o normas especiales. Pretenden adecuarse a sus objetos. De este modo, están intrínsecamente relacionados con lo correcto. Esta búsqueda de la adecuación vincula el concepto de algo con su naturaleza. Tenemos aquí, por tanto, la dimensión no convencional de los conceptos. En la medida en que un concepto se corresponde con la naturaleza de un objeto, tiene una validez universal. En este sentido, los conceptos son universales y no locales. El localismo de su origen es compatible con la universalidad de su validez.

La teoría de Raz es fundamentalmente positivista. Yo he intentado responder al positivismo defendiendo una perspectiva no positivista. Estas dos posturas, la positivista y la no positivista, parecen a primera vista ser una única propuesta, que se afirma en un caso y se niega en otro. Pero un análisis más profundo revela que la situación es bastante más compleja. El positivismo de Raz dice mucho sobre la estrecha vinculación entre el derecho y la moral, y el no positivismo incluye los elementos clásicos del positivismo jurídico, como la tenencia de autoridad y la eficacia social. La diferencia no consiste en la sustitución de estos dos elementos por lo correcto del contenido y, con ello, lo moral. Más bien, la diferencia consiste en añadirles lo correcto del contenido como tercer elemento, que se incluye necesariamente en la naturaleza y el concepto de derecho. El positivismo y el no positivismo comparten lo que Raz denomina la “tesis social”, pero lo hacen de forma diferente. La versión de Raz es necesariamente excluyente, mientras que la del no positivismo es necesariamente incluyente. El nombre que da Raz a la tesis social necesariamente excluyente es el de “tesis social fuerte” o “tesis de las fuentes”¹⁰. Dice que “la existencia y el contenido de todo derecho está completamente determinado por las fuentes sociales”¹¹. El no positivismo se opone precisamente a esto y defiende una tesis social necesariamente incluyente, que afirma que la existencia y el contenido del derecho dependen forzosamente no sólo de hechos sociales, sino también de ideas morales. De este modo, el derecho

6. *Ibid.*, 4.

7. *Ibid.*

8. *Ibid.*, 5.

9. *Ibid.*

10. J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford, 1979, 47.

11. *Ibid.*, 46.

y la moral están necesariamente conectados. La tesis social se ve así atenuada en una versión a la que Raz denomina la “tesis social débil”¹². Raz considera su tesis social fuerte como la “columna vertebral” de la versión del positivismo que a él “le gustaría defender”¹³. La tesis de la conexión¹⁴ es la columna vertebral de la versión del no positivismo que a mí me gustaría defender. En mi opinión, ésta es la principal fuente de nuestro desacuerdo.

El tercer punto en el que podrían darse similitudes entre nuestros respectivos puntos de vista concierne a las afirmaciones relacionadas con el derecho. El no positivismo se basa fundamentalmente en la tesis de que el derecho ha de remitirse necesariamente a lo correcto, lo cual incluye aludir a lo moralmente correcto¹⁵. Según Raz, una de las “propiedades esenciales del derecho” es que “alegue tener autoridad moral y legítima”¹⁶. Como una propiedad esencial del derecho, esta reivindicación se plantea “necesariamente”¹⁷. Ambas alegaciones incluyen, sin duda, elementos morales. Esto da pie a la pregunta de si el no positivismo acierta al sostener que esta reivindicación es incompatible con el positivismo, o de si el positivismo tiene razón al aceptar la compatibilidad del mismo con las alegaciones que, en primer lugar, el derecho necesariamente plantea y que, en segundo lugar, están necesariamente relacionadas con la moral. Para responder a esta pregunta, debemos pasar a centrarnos en las diferencias.

De nuevo, tomaré como punto de partida un tema general. Se trata del papel que desempeñan las relaciones necesarias entre el derecho y la moral, en el debate entre el positivismo y el no positivismo. Raz sostiene que, cuando lo que se discute es la relación entre el positivismo y el no positivismo, la pregunta sobre si existen conexiones necesarias entre el derecho y la moral es errónea. Según Raz, la tesis de que “la existencia de conexiones necesarias entre el derecho y la moral no puede ponerse en duda” es “relativamente trivial”, y “no afecta mucho a temas importantes” como se discute en el debate eterno entre el positivismo jurídico y el derecho natural¹⁸. De nuevo aquí parece haber algo de cierto y algo que no lo es. Tres ejemplos aducidos por Raz sobre las conexiones necesarias lo demuestran.

12. *Ibid.*, 45.

13. *Ibid.*, 39.

14. R. Alexy, *The Argument from Injustice*, traducción al inglés de B. L. Litschewski Paulson y S. L. Paulson, Oxford, 2002, 4.

15. *Ibid.*, 35-39.

16. J. Raz, “On the Nature of Law”, *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* 82 (1996), 6.

17. *Ibid.*, 16.

18. J. Raz, “About Morality and the Nature of Law”, *The American Journal of Jurisprudence* 48 (2003), 3. No tenemos aquí en cuenta la división que establece Raz entre los “positivistas jurídicos” y los “juristas iusnaturalistas” (*ibid.*, 2), pues no todos aquellos que rechazan el positivismo jurídico basándose en que es incapaz de abordar la relación entre el derecho y la moral tienen por qué adherirse a todo lo que asuma un jurista iusnaturalista puro.

El primero se refiere al concepto de Hart de la “necesidad natural”¹⁹. Es cierto que “dada la naturaleza humana y sus condiciones de vida..., ningún sistema jurídico puede ser estable a menos que proporcione cierta protección de la vida y de las propiedades de algunos de los individuos sobre los que se aplica”²⁰. Pero una necesidad natural entendida de esta manera no es suficiente para que se dé una conexión necesaria entre el derecho y la moral. La relación entre el fin y los medios que se manifiesta en necesidades naturales como éstas crea una conexión necesaria entre el derecho y la moral únicamente si se añaden dos premisas: la primera, que haya una obligación moral de lograr el fin, y la segunda, que esta obligación moral esté conectada necesariamente con el derecho. Estas dos premisas transforman las necesidades naturales en morales (en el caso de la primera) y jurídicas (en la segunda). Las necesidades naturales por sí solas no contienen ni la primera ni la segunda. Por esta razón, son forzosamente neutrales con respecto a la moral y, por consiguiente, neutrales también con respecto al problema del positivismo. Así pues, el primer ejemplo de Raz no constituye un ejemplo de relación necesaria entre el derecho y la moral.

El segundo ejemplo es el siguiente: “Dado que sólo los animales pueden practicar el sexo, la violación no puede cometerse por el derecho, ni por ninguna institución jurídica”²¹. Este ejemplo ilustra una de las muchas relaciones conceptuales que son relevantes en un sistema jurídico, pero no una característica necesaria que sea propia de la naturaleza general del derecho. Sólo esta última, y no la multiplicidad de las relaciones conceptuales especiales que se producen dentro de un sistema jurídico, es la que se ha de tener en cuenta en el debate entre el positivismo y el no positivismo²².

El tercer ejemplo de Raz es mucho más interesante. Lo expresa de la siguiente manera: “Dado el pluralismo de los valores, ningún Estado o sistema jurídico puede de ninguna manera recoger todas las virtudes o los vicios que hay”²³. Ésta parece ser una proposición sobre las relaciones entre los diferentes sistemas normativos —nada menos que tres: un sistema jurídico y dos sistemas morales contrapuestos— y, en realidad, es necesariamente cierto que ningún sistema jurídico puede

19. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, 1994, 199.

20. J. Raz, “About Morality and the Nature of Law”, *The American Journal of Jurisprudence* 48 (2003), 3.

21. *Ibid.*

22. Naturalmente, es posible que algunas de las relaciones conceptuales que se producen dentro de un sistema jurídico dependan de consideraciones que no son únicamente jurídicas, sino también morales. Un ejemplo: “Dado que sólo los seres racionales pueden cometer asesinatos, mi gato no puede de ninguna manera cometer un asesinato”. La incapacidad de mi gato para cometer un asesinato es corolario de la tesis inicial de que sólo los seres racionales están sujetos a responsabilidad criminal. Esta tesis es una tesis moral, de modo que la pregunta de si se incluye necesariamente en el derecho es relevante para el debate sobre el positivismo. No obstante, esta necesidad no sería la misma que se expresa en la oración sobre mi gato.

23. J. Raz, “About Morality and the Nature of Law”, *The American Journal of Jurisprudence* 48 (2003), 3.

recoger o contribuir a recoger la totalidad de los valores morales de todos los sistemas morales contrapuestos. Esta necesidad, sin embargo, es lógica en cuanto a la relación entre diferentes sistemas normativos se refiere. Pero no afecta directamente al problema del positivismo, pues no dice nada sobre la existencia o el contenido del derecho. Para contribuir a éste, se debería añadir una premisa del estilo de “Todos los sistemas de valores han de ser tratados por el derecho con igualdad”. En cuanto se añade esta premisa, la frase de Raz sobre el derecho y el pluralismo de los valores implicará que ninguno de los sistemas morales o de valores que entran en conflicto pueden esperar una expresión o realización total a través del derecho. No obstante, la cuestión sobre si premisas como ésta de la igualdad están necesariamente conectadas con el derecho es de relevancia para el debate entre el positivismo y el no positivismo.

Los ejemplos de Raz muestran que la pregunta sobre si existen conexiones necesarias entre el derecho y la moral no afecta directamente, en sí, al debate sobre el positivismo jurídico —y no lo hace, de ninguna manera, si se asume que la pregunta versa sobre necesidades naturales, empíricas o lógicas. Sin embargo, la situación cambia por completo si la pregunta sobre las conexiones necesarias se relaciona directamente con el contenido y la existencia del derecho, es decir, con lo jurídicamente correcto y con la validez jurídica. Me limitaré a realizar unas breves observaciones sobre la reivindicación de la corrección.

El contenido de esta reivindicación difiere cuando lo plantea el legislador de cuando lo plantea el juez. Aquí, sólo consideraremos la aplicación de la ley. La necesidad de lo correcto que puede plantear el juez tiene dos dimensiones. La primera se refiere a la naturaleza institucional u oficial del derecho, mientras la segunda se dirige a su carácter ideal y crítico. En los casos en los que se puede aplicar sin problemas una ley moralmente aceptable, la reivindicación de lo correcto puede verse reducida a decir simplemente que una ley justa y jurídicamente legítima o, al menos, no injusta, ha sido aplicada correctamente. Pero la cosa se complica cuando la ley es injusta, los hechos del caso se ponen en duda, o dicha ley permite varias interpretaciones. Aquí sólo consideraremos el problema de la interpretación. Con vistas a simplificar, consideraré que el texto de la ley da pie a dos interpretaciones y sólo se cuenta con un argumento adicional, que es moral y apoya la primera interpretación, mientras rechaza la segunda. Puede haber, no obstante, otra consideración: que la ley positiva no diga nada sobre lo que se debe hacer en ese caso, a menos que el juez tenga poder para decidir y esté obligado a ejercer este poder. Tengo casi la total certeza de que Raz estará de acuerdo en que, en este caso, se debería elegir la primera interpretación, pero, sin duda, tenemos opiniones diferentes en cuanto a lo que esto significa y a sus consecuencias. Estas opiniones diferentes se acentúan cuando vemos nuestras percepciones diferentes de lo que ocurre cuando el juez escoge la segunda interpretación, que es la equivocada desde un punto de vista moral.

La muestra más clara de la naturaleza de estas diferencias está en la tesis social fuerte o tesis de las fuentes de Raz. Según esta tesis, el contenido de la ley y su existencia “dependen *exclusivamente* de hechos que son producto del

comportamiento humano y que se pueden describir en términos neutros con respecto a los valores, y aplicar sin necesidad de recurrir a argumentos morales”²⁴. La tesis social fuerte excluye, por tanto, la moral del concepto de derecho. Esto significa que la reivindicación que hace Raz de la autoridad moral legítima crea una conexión necesaria entre el derecho y la moral, sin que cambie el contenido de la ley. La reivindicación se refiere a la moral sólo como “una serie de normas básicas por las que se ha de juzgar la ley”²⁵. Los “argumentos de los principios”²⁶, por ejemplo, que son las razones para que se adopte la norma, quedan fuera de la ley. Tenemos, pues, un concepto del derecho construido claramente en función de los resultados.

Todo ello se aplica también, más o menos, a la interpretación, es decir, a nuestro caso. El hecho de que el juez deba elegir la interpretación moralmente correcta no significa que las razones morales que la sostienen pertenezcan a la ley. La elección de la interpretación moralmente correcta es un acto de “interpretación[es] dotada[s] de autoridad” que tiene “consecuencias legislativas”²⁷. Se trata de un acto legislativo que transforma la moral en derecho, al igual que, en principio, los actos legislativos del poder legislativo.

Las consecuencias de esto, en el caso de que nuestro juez elija la segunda interpretación, es decir, la moralmente errónea, son fáciles de determinar. El juez no cumple con la reivindicación de la ley de la corrección moral. No obstante, tampoco ha violado ninguna norma jurídica. Por lo tanto, su decisión es jurídicamente perfecta, a pesar de ser moralmente errónea. Un tribunal de apelación podría anular su decisión sólo por razones morales; nunca por razones jurídicas.

En mi opinión, existe una forma más acertada de ver nuestro caso. Ésta comienza con una tesis social débil. Aquí, nos interesan dos interpretaciones de dicha tesis. De acuerdo con la primera interpretación, que el derecho incluya o no elementos morales es una cuestión de derecho positivo. El positivismo jurídico incluyente de Jules Coleman apunta hacia esta dirección²⁸, que podemos denominar “incorporación contingente”. Sin embargo, la reivindicación de lo correcto llega mucho más allá que simplemente una incorporación contingente, y tiene como resultado una incorporación necesaria. La tesis social fuerte de Raz se puede interpretar como una tesis de incorporación imposible. Pero, ambas incorporaciones —la necesaria y la imposible— son opuestas y se contradicen con la incorporación contingente o posible. Hay, por tanto, tres modalidades de incorporación, que reflejan tres posturas diferentes de la filosofía jurídica. Si es verdaderamente necesario que el

24. J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford, 1979, 39-49. Subrayado por el autor.

25. J. Raz, “On the Nature of Law”, *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* 82 (1996), 16.

26. *Ibid.*, 14.

27. *Ibid.*, 23.

28. J. Coleman, “Authority and Reason”, en R. P. George (ed.), *The Autonomy of Law*, Oxford, 1996, 287, 316.

derecho reivindique lo correcto, incluirá forzosamente una reivindicación de lo moralmente correcto, que, a la postre, es fundamentalmente una reivindicación de justicia. Así pues, las decisiones jurídicas que no cumplen esta reivindicación no pueden ser decisiones jurídicamente perfectas. Su imperfección moral se extiende a una imperfección jurídica que no tiene por qué implicar que no sea jurídicamente válida. Esto ocurre únicamente en los casos de extrema injusticia. No obstante, permite que los tribunales de apelación sigan teniendo un carácter jurídico cuando anulen la decisión de nuestro juez, en el caso de que éste elija la interpretación moralmente incorrecta, de modo que no se transformen en tribunales morales.

Pero éste es simplemente un efecto colateral de la incorporación de elementos morales al derecho por medio de la reivindicación de lo correcto. La principal consecuencia es la de un cambio fundamental en la naturaleza del derecho. El derecho sigue estando dotado de autoridad, pero ya no es sólo eso. Esta dimensión se conecta intrínsecamente con otra, más ideal. De este modo, las tensiones entre ambas dimensiones ya no son tensiones entre el derecho y la moral como algo que está fuera de las leyes, sino que pertenece a las mismas. Esto tiene consecuencias transcendentales. Quizás, el ejemplo más claro de esta conexión lo encontramos en la fórmula Radbruch, que establece, en su expresión más concisa, que la injusticia extrema no es derecho²⁹. Pero este es otro tema que iría mucho más allá de lo que se pretende con esta introducción.

29. R. Alexy, *The Argument from Injustice*, traducción al inglés de B. L. Litschewski Paulson y S. L. Paulson, Oxford, 2002, 28-31, 40-62.

