

DEBATE

Moderador: Carl WELLMAN

Granada, 27 de Mayo del 2005

Profesor Wellman:

A continuación tendrá lugar un debate entre nuestros dos ponentes, en el que tendrán turnos de palabra, se harán preguntas, desarrollarán temas de forma aislada y se replicarán el uno al otro. Llegado el momento, daremos pie a las preguntas de la sala. Ahora bien, si esperan realizar alguna pregunta o comentario, sean tan amables de sentarse en las primeras filas del auditorio, ya que es muy incómodo llevar el micrófono hasta el final; de modo que si desean intervenir en algún momento, por favor, vénganse hacia adelante y, si es posible, no demasiado lejos del pasillo. Finalmente, será de justicia conceder algunos minutos a los ponentes para que expongan sus conclusiones.

Probablemente se hayan percatado de que no es que el profesor Joseph Raz se haya afeitado la barba y rapado la cabeza para este debate. Hace dos semanas se sometió a una operación importante y sus doctores le han prohibido viajar durante al menos dos o tres semanas más, de modo que le ha sido imposible asistir a este congreso. El profesor Andrei Marmor, de la Universidad de California del Sur, aceptó amablemente nuestra rápida invitación para sustituir al profesor Raz y estoy seguro de que lo hará muy bien a la hora de sostener sus argumentos. Pero antes de escucharle, creo que es justo darle la palabra al profesor Robert Alexy, de la Universidad de Kiel.

Profesor Alexy:

Gracias. Quisiera agradecer a Andrei Marmor que haya aceptado sustituir a Joseph Raz en este debate y le deseamos a éste que se recupere lo antes posible. Mi texto introductorio, que se encuentra en el volumen que incluye las ponencias plenarias, está dirigido a Joseph Raz, especialmente a sus textos más recientes, por lo que no lo leeré; más bien presentaré cuatro tesis, aunque si no tengo tiempo suficiente para las cuatro, expondré algunas menos y dejaré el resto para más tarde.

Mi primera tesis podría denominarse la tesis de la «familia de fuentes». Ésta se refiere a las relaciones entre las posturas que aquí se tratan. En debates recientes, la distinción entre positivismo y no positivismo, o anti-positivismo (para mí ambos términos son sinónimos), ha pasado a ser enormemente compleja e, incluso, confusa. Por un lado, el positivismo de hoy dice mucho sobre la estrecha vincu-

lación entre el derecho y la moral, mientras que, por otro lado, el no positivismo incluye la tesis de que el derecho debe basarse en fuentes. He intentado recoger esta última tesis mediante los conceptos de, en primer lugar, emisión dotada de autoridad y, en segundo lugar, eficacia social. El desacuerdo entre el positivismo y el no positivismo radica principalmente en el papel de un tercer elemento, concretamente el de la moralidad como parte de la corrección del contenido. No obstante, creo que existe acuerdo con respecto a la inclusión de las fuentes, aunque son conceptualizadas de manera diferente.

Partiendo de ahí, podemos distinguir tres posturas. La primera es la del concepto de derecho necesariamente excluyente, es decir, el positivismo excluyente, que es la forma de positivismo que representa Joseph Raz. La moral o la corrección del contenido quedan necesariamente excluidas. La segunda postura es la del concepto de derecho necesariamente incluyente. Éste es el no positivismo, que considera la inclusión de la corrección moral del contenido como un elemento necesario. Finalmente, la tercera postura contradice a las dos anteriores. Se trata de un positivismo incluyente, tal y como lo conocemos en Jules Coleman, que señala que la moral no queda necesariamente excluida ni incluida. Las tres posturas siguen el conocido esquema de las modalidades. Yo pretendo defender el concepto de derecho necesariamente incluyente. La familia de fuentes engloba las tres posturas. Sin embargo, entre los miembros de esta familia el acuerdo con respecto a las fuentes está acompañado por el desacuerdo sobre si la moral está necesariamente excluida, necesariamente incluida o posiblemente incluida.

Mi segunda tesis es el argumento de la corrección, la tesis de la corrección. Joseph Raz argumenta, en sus textos más recientes, que el derecho plantea necesariamente una pretensión de legitimidad, que incluye —lo expone de la forma más clara posible— una autoridad moralmente legítima. Tengo la impresión de que esto es bastante similar a mi tesis de la corrección, que sostiene que el derecho eleva necesariamente una pretensión de corrección, la cual, a su vez, incluye una pretensión de corrección moral. ¿Qué puede decir el positivismo contra la tesis de la corrección como argumento a favor del no positivismo? Hay tres posibilidades: en primer lugar, el positivismo podría decir que el derecho no plantea necesariamente una pretensión de corrección. La segunda respuesta sería que el derecho, efectivamente, plantea una pretensión de corrección, pero esta pretensión no tiene nada que ver con la moral. Finalmente, la tercera respuesta —en mi opinión, es la que aporta Joseph Raz— sería que el derecho plantea necesariamente una pretensión de corrección y que, además, esta pretensión está necesariamente conectada con la moral, pero insiste en que nada de esto tiene que ver con el no positivismo o el anti-positivismo. Yo discrepo de esta tesis. Quizás, un sencillo experimento mental podría ser útil. Imaginemos el derecho, en primer lugar, sin plantear necesariamente la pretensión de corrección y, en segundo lugar, planteando necesariamente esa pretensión. Si el derecho no plantea necesariamente una pretensión de corrección, que necesariamente incluye una referencia a la moral, ¿podría la relación entre el derecho y la moral ser la misma que si el derecho plantease necesariamente una

pretensión de corrección? ¿Es posible que la pretensión de corrección no cambie nada? Ésta sería mi pregunta.

Paso a continuación a mi tercera tesis, que es probablemente la más problemática de las cuatro. Es la que podríamos denominar «tesis de la inclusión». Dicha tesis trata la cuestión de qué es lo que necesariamente está incluido en el concepto de derecho. Ahora bien, la pretensión de corrección tiene dos dimensiones: una dimensión institucional o de autoridad y otra ideal o crítica. Precisamente éste es, a mi juicio, el principal punto de desacuerdo entre el positivismo y el no positivismo. El positivismo —especialmente el excluyente, aunque me gustaría señalar que el incluyente también—, no puede abarcar la segunda dimensión del derecho. Puede abarcar perfectamente el carácter o la naturaleza de autoridad del derecho, que en realidad creo que la tiene. El derecho es esencialmente autoridad, pero también es al mismo tiempo esencialmente ideal. Por fuerza, tiende hacia lo correcto. El único rasgo puramente esencial del derecho es este doble carácter y, por tanto, el concepto de derecho que yo quiero defender es un concepto comprensivo, que incluye estas dos dimensiones.

Pongamos un ejemplo para ilustrar lo que acabo de señalar. Imaginemos un caso en el que el material de autoridad da pie a dos interpretaciones, que llamaremos primera interpretación y segunda interpretación. Hay a nuestra disposición un argumento adicional, que es moral y no se puede reducir o remontar a una fuente. El argumento moral apoya la primera interpretación, rechazando, así, la segunda. Creo que tanto Joseph Raz, como Andrei Marmor estarán de acuerdo conmigo en que deberíamos elegir la primera interpretación, apoyada por el argumento moral correcto, y no la segunda, moralmente errónea. De nuevo, creo que estamos de acuerdo en este punto. Pero donde discrepamos profundamente es en la forma de entender o interpretar esto. No estamos de acuerdo a la hora de explicar qué ocurre cuando el juez, por razones morales, elige la interpretación moralmente correcta. Los positivistas dicen —y Andrei Marmor lo señala muy claramente en sus textos— que tenemos que interpretar lo que ocurre como un acto legislativo basado en una atribución de poder jurídico y sólo en ella. Se trata de un tipo de legislación, como propuso, por ejemplo, Hart y, antes que él, Kelsen. Si esta tesis es válida; si, desde un punto de vista jurídico, se trata simplemente de una cuestión de legislación o de la promulgación de una ley por un poder jurídico, entonces, si el juez elige la interpretación moralmente equivocada —en nuestro caso, la segunda interpretación—, estaría adoptando, no obstante, una decisión jurídicamente perfecta en todos los aspectos jurídicos. Mi respuesta es que no sería una decisión perfecta en todos los aspectos jurídicos. Sería una decisión jurídicamente defectuosa, de acuerdo con el concepto comprensivo de derecho, que incluye tanto la dimensión de autoridad como la ideal. En casos como éste que les acabo de mostrar, la incorrección moral implica una incorrección jurídica. Ésta es una conexión crucialmente necesaria entre el derecho y la moral.

Mi cuarta y última idea hace referencia a la tesis de la extrema injusticia. Se trata de la “fórmula Radbruch”, que señala que la injusticia extrema no es derecho. Esta tesis se formula con base en el argumento de la corrección, es decir, en

la tesis de la corrección; pero, naturalmente, dicha fórmula no se puede deducir únicamente del argumento de la corrección. Éste sólo establece, volviendo a nuestro caso, que la segunda interpretación sería jurídicamente defectuosa, lo cual no implica que sea jurídicamente inválida. Esto último es un corolario de que el concepto de defectividad jurídica, como tal, sólo tiene un poder con capacidad de calificar, y no necesariamente de clasificar. Esta posibilidad de una conexión calificadora emana del doble carácter del derecho. Pero el alcance de la fórmula Radbruch es mucho mayor; excluye de la clase de las normas jurídicas válidas ciertas normas que son extremadamente injustas. Para llegar desde la pretensión de corrección a la fórmula Radbruch necesitamos más premisas, es decir, más argumentos, que deberán incluir elementos normativos. No podemos fundamentar la fórmula Radbruch simplemente en argumentos conceptuales o analíticos.

Es posible que en mis textos no haya dejado lo suficientemente claro cuál es el principal argumento normativo. En la página 58 de «The Argument from Injustice», lo presento de la siguiente manera: «Es necesario aplicar un concepto no positivista del derecho para proteger los derechos fundamentales del ciudadano». La fórmula Radbruch cumple la tarea de proteger los derechos fundamentales de las víctimas de los sistemas totalitarios. Ésa es su principal razón normativa. Excluye lo que señala Hans Kelsen en la Segunda Edición de la Teoría Pura del Derecho, *Reine Rechtslehre*, en la página 42: «Según el derecho de los Estados totalitarios, el gobierno tiene la capacidad de enviar a personas de ideologías, religiones o razas no deseadas a campos de concentración y obligarlas a realizar todo tipo de trabajos e, incluso, matarlas». A mi juicio, éste es un claro ejemplo de violación de los derechos humanos. Con esto llego a la última idea que quiero lanzar en esta introducción: el concepto no positivista del derecho que yo quiero defender está intrínsecamente conectado con una teoría de los derechos humanos. Pero esto difícilmente puede ser de otro modo, pues en el derecho, como siempre ocurre en áreas complejas, todo elemento está conectado con los demás en un sistema completo. Sólo se puede llegar a un concepto apropiado del derecho si éste se sitúa dentro de una teoría general del derecho. Con esto concluyo mi introducción.

Profesor Wellman:

Muchas gracias. A continuación, el profesor Andrei Marmor nos explicará su concepto y teoría del derecho, específicamente relacionados con este punto.

Profesor Marmor:

Relacionado con este último punto específico del debate, ¿verdad?

Profesor Wellman:

Exactamente.

Profesor Marmor:

Muchas gracias. Un buen amigo mío de Oxford, un filósofo, me dijo en una ocasión que no hay nada más difícil en filosofía que decir algo que sea realmente cierto. Cualquier intento de aclarar qué es el positivismo jurídico, nos lleva desgraciadamente a constatar esto, que es muy difícil decir algo de él que sea verdad. ¿Por qué? Pues, en parte, porque no se trata de una teoría. Es toda una tradición de teorías que en ocasiones se contradicen. Y, en parte, porque las complejas tesis y puntos de vista del positivismo jurídico no se pueden reducir tan fácilmente a lemas pegadizos, como muchos analistas piensan.

No obstante, haré tres cosas muy breves en mi intervención. Intentaré desarrollar algunos de los principales enfoques del positivismo jurídico, al menos en sus formas contemporáneas; posteriormente, pasaré a comentar algo sobre las dos principales críticas a estos enfoques, una representada por Dworkin y la otra por el profesor Alexy. Finalmente, comentaré brevemente por qué considero que la crítica del profesor Alexy no es acertada. En cuanto a la crítica de Dworkin, la dejaré para otra ocasión.

Dicho esto, ¿cuáles son, a mi modo de ver, los principales enfoques del positivismo jurídico? Creo que hay tres: el primero, en mi opinión el menos polémico, es que el derecho es esencialmente un instrumento; ello quiere decir que no tiene sentido alguno pensar que tenemos razones para que el derecho exista porque sí. El derecho es un instrumento y, como tal, se puede utilizar para fines buenos y malos; y puede ser más o menos adecuado a sus cometidos, más o menos eficiente.

La segunda tesis, a la que se hace referencia a menudo en la literatura contemporánea como la tesis social del positivismo jurídico, señala que el derecho es, sobre todo y fundamentalmente, una práctica social, un fenómeno social, y una serie de factores sociales son los que en realidad determinan el derecho. ¿Cuáles son esos hechos? ¿Qué tipo de hechos? Como ustedes sabrán, los primeros positivistas se centraron en hechos como la soberanía, siguiendo probablemente las ideas de Hobbes, que consideraba que el derecho es un instrumento esencial de la soberanía política. Los filósofos jurídicos del siglo XX, siguiendo a Kelsen y a Hart, ya no hablaban de soberanía, sino de normas sociales. Hay normas sociales que determinan qué es el derecho en cada sociedad. Algunos de nosotros consideran que esas normas son en cierto modo convenciones sociales, aunque otros no comparten esta idea, pero más o menos todos nosotros hablamos de normas sociales.

La tercera tesis o enfoque es a la que solemos referirnos como la tesis de la separación. Ésta es probablemente la menos clara y más polémica de las tres, y creo que es aquí donde se centra la discusión. ¿En qué consiste esta tesis de la separación, de la separación entre el derecho y la moral? Bien, ya en una ocasión planteé lo siguiente: la tesis de la separación establece que la determinación de lo que es el derecho no tiene por qué depender necesaria o conceptualmente de consideraciones morales o evaluativas sobre lo que debería ser el derecho en circunstancias específicas. Creo que esta forma de desarrollar la tesis de la separación es aceptada por todos los positivistas jurídicos actuales. Todos suscribimos esta

tesis. Donde creo que los positivistas jurídicos difieren es en una característica adicional: el positivismo jurídico incluyente sostiene que las consideraciones morales pueden determinar en ciertas circunstancias qué es el derecho, pero eso sería algo contingente, es decir, ni necesario ni conceptual, y dependería de diversas normas sociales o, incluso, es posible que del derecho mismo que ha logrado imponerse en un momento y lugar determinados. El denominado positivismo jurídico excluyente, el que suscribimos Joseph Raz, Scott Shapiro y yo mismo, argumenta que esto no es así, que las consideraciones sobre lo que debería ser el derecho jamás podrían determinar lo que el derecho es en realidad.

Así pues, éstos son los tres enfoques principales a los que, en mi opinión, se ajusta el positivismo en sus diversas variantes. Hay que reseñar, por cierto, que Dworkin niega tanto la tesis social como la tesis de la separación. Como bien aclaró el profesor Alexy hace tan sólo un momento —así es como yo lo entendí—, él solamente niega la tesis de la separación y no la tesis social. Pero antes de centrarme en el verdadero desacuerdo, permítanme aclarar brevemente dónde no hay desacuerdo. Lo que la tesis de la separación no exige, lo que no reivindica o, al menos, no debería, si se hiciera una interpretación razonable de la misma, son tres cosas: la primera, que el positivismo jurídico no tiene base teórica para negar que probablemente tengamos motivos de peso para que exista el derecho, que probablemente es bueno que el derecho exista. En segundo lugar, no hay motivo para que el positivismo jurídico niegue que el contenido del derecho se solape necesariamente con algunos contenidos morales. Puede que sea cierto que todo sistema jurídico tenga necesariamente un mínimo contenido moral, incluso si se trata, en general, de lo que consideramos un sistema jurídico. De nuevo, creo que esto es algo que jamás ha sido negado por ningún positivista jurídico, al menos que yo sepa. En tercer lugar —y aquí es donde creo que la mayoría de los positivistas actuales se alejarían radicalmente de uno de nuestros precursores, John Austin—, creo que el positivismo actual negaría que el derecho pueda definirse en términos moralmente neutrales.

Pero lo negamos por dos razones diferentes: la primera es porque creemos que buscar una definición del derecho es un esfuerzo en vano; que definir una práctica social tan compleja es imposible y, de todos modos, inútil. En segundo y, quizás, más importante lugar, pensamos que el derecho no se puede entender sin referirse a determinados propósitos esenciales de carácter funcional con los que sirve a la sociedad; y probablemente algunos de estos propósitos y funciones tienen un carácter moral. Por ejemplo, Hans Kelsen consideraba que una de las principales funciones del derecho es el monopolio del uso de la fuerza en la sociedad. Joseph Raz afirma que es fundamental para el derecho plantear la pretensión de una autoridad legítima. En parte, todos estos son términos morales evaluativos y, por supuesto, el derecho no se puede explicar adecuadamente sin ellos. Así que, si estamos de acuerdo en todo esto, si esto no se cuestiona, ¿dónde está la discusión? La discusión está principalmente en el concepto de validez jurídica. Se discute, por tanto, principalmente, acerca de uno de los aspectos cruciales de la tesis de la separación. Los no positivistas afirman que las consideraciones morales forman

una parte esencial de la validez jurídica. Éstas determinan, en esencia, lo que es el derecho. A mi juicio, hay tres versiones diferentes de este argumento, de esta posición anti-positivista. Según la doctrina tradicional del derecho natural, las consideraciones morales forman una parte necesaria, una condición necesaria de la validez jurídica. Por tanto, un derecho injusto, o un derecho extremadamente injusto, no es jurídicamente válido, no es derecho. Según esto, la moral es una condición necesaria de la validez.

De acuerdo con los primeros textos de Dworkin, la moral no es una condición necesaria para la validez jurídica, aunque en determinadas condiciones sí que puede ser una condición suficiente. La norma puede ser jurídica en determinadas circunstancias porque se deriva de la mejor justificación moral posible de una parte de ella. En mi opinión, ésta era la principal idea de los principios jurídicos. En los textos más recientes de Dworkin —ésta es la tercera postura anti-positivista posible—, la validez jurídica siempre está determinada en parte por juicios morales, ya que siempre es una cuestión de interpretar qué es el derecho y dicha interpretación es esencialmente, en parte, una cuestión de juicios evaluativos. Éstas son, pues, las tres posturas. Si no he entendido mal, el profesor Alexy ha suscrito la primera de ellas, es decir, una versión de lo que yo denomino la doctrina tradicional del derecho natural, en la cual las consideraciones morales constituyen una condición necesaria de la validez jurídica. Y esto está manifiestamente en contraposición con uno de los principales enfoques del positivismo jurídico. Pero, ¿qué razones hay para eso?

Permítanme proponer un argumento en nombre del profesor Alexy. Así es como yo entiendo su razonamiento principal. Primera premisa: el derecho plantea esencialmente una pretensión de corrección moral. Segunda, desde el punto de vista de los participantes, esta pretensión forma parte de las razones para que tanto jueces, como otros participantes respeten y apliquen el derecho. Tercera: por consiguiente, cualquier interpretación del derecho, especialmente la de los jueces, debe intentar adscribirse al menos a una mínima corrección moral del derecho. Cuarta: puesto que el derecho extremadamente injusto no puede ser moralmente correcto, como hipótesis, los jueces deberían interpretar el derecho de modo que, cuando sea extremadamente injusto, quede totalmente invalidado. Ésta es, a mi juicio, la famosa «fórmula Radbruch».

Por tanto, concluye, al menos desde un punto de vista interno —el punto de vista de los jueces— las leyes injustas no son derecho; éste creo que es su argumento, o espero al menos no alejarme demasiado del mismo. Permítanme ahora hacer una breve reseña sobre lo que más me intriga en torno a este argumento. En primer lugar, no logro entenderlo cuando dice «la verdad desde un punto de vista». No estoy seguro de lo que en realidad quiere decir con esto. ¿Cómo puede algo ser cierto desde un punto de vista y no serlo desde otro, especialmente algo como la tesis de la separación? La tesis de la separación es una tesis sobre la naturaleza del derecho. Por consiguiente, tiene que ser o cierta, o falsa ¿cómo puede ser cierta desde un punto de vista y falsa desde otro? En segundo, y creo que aun más importante, lugar estoy totalmente de acuerdo con el profesor

Alexy en que el derecho plantea esencialmente una pretensión de corrección, como él ha dicho o, como yo preferiría decir siguiendo la formulación de Raz, el derecho necesariamente plantea una pretensión de legitimidad moral. Plantea este tipo de pretensión porque es una institución dotada de autoridad. Pero la realidad es que no se puede deducir nada respecto del éxito de tal pretensión en ningún caso en particular. La esencia de una pretensión de corrección, de una pretensión de verdad, es que puede fallar, y que puede fallar en cualquier caso en particular. En mi opinión, esto también ocurre con el derecho. El tercer punto, que creo que es el más importante y al que se reduce la mayoría de nuestros desacuerdos y argumentos, es que el principal error en este razonamiento reconstructivo es asumir que todo lo que los jueces dicen o hacen para justificar su decisión judicial está dirigido hacia la aplicación de la ley, lo cual no es el caso. Los jueces pueden modificar las leyes; a menudo tienen el poder de cambiarlas, de esquivarlas, de pasarlas por alto o, simplemente, de entenderlas de forma equivocada; y es obvio que puede que tengan buenas razones para hacer cualquiera de estas cosas.

Pero sería un error aceptar que estas razones son siempre razones jurídicas o incluso que, mucho peor, al aplicar estas razones, los jueces estén aplicando el derecho. Es posible que un juez decida que una norma jurídica se invalide y se anule porque es extremadamente injusta. Si esto es posible, presumiblemente el juez seguirá adelante y lo hará, es decir, modificará el derecho. Pero esto no significa que aplique el derecho; lo que hace es cambiarlo. Por lo general, al hacer eso los jueces ejercen un poder jurídico, como así ocurre en muchos contextos constitucionales, aunque a veces no. Pero, en cualquier caso, del hecho —y estoy dispuesto a asumir a favor del argumento, que se trata de un hecho moral— de que los jueces deben anular e invalidar leyes extremadamente injustas, no se deriva que al hacer eso estén aplicando derecho.

Finalmente, aunque se trate de una cuestión secundaria, añadiré que cuando leí el texto que el profesor Alexy había preparado para este debate, me quedé perplejo. Esto no tiene nada que ver con el argumento reconstructivo; es una cuestión aparte, aunque quizás merezca la pena mencionarla. Quedé perplejo con la confianza del profesor Alexy en la teoría de Dworkin sobre los principios jurídicos. No veo la forma en que ésta refuerza su argumentación. Incluso aunque haya principios jurídicos tal y como los describe Dworkin, de ahí no se deduce que nada parecido a la fórmula Radbruch sea cierto. Recordemos que la fórmula Radbruch llega a afirmar que cierto nivel de moral o de justicia es condición indispensable para la validez jurídica. Los principios de Dworkin, por su parte, sólo demuestran que, en ocasiones, las consideraciones morales son suficientes para determinar qué es el derecho, aunque sean necesarias. En otras palabras, nada parecido a la fórmula Radbruch se puede deducir de los principios jurídicos de Dworkin, a menos, obviamente, que se estipule que la fórmula Radbruch sea en sí misma un principio jurídico en todos los sistemas jurídicos posibles; lo cual sería simplemente falso, y no permitiría adoptar la idea que hay que asegurar.

Profesor Wellman:

Muchas gracias. A continuación pasaremos a la segunda parte de esta sesión plenaria, en la cual los ponentes tendrán la oportunidad de preguntarse el uno al otro, de centrarse en temas más específicos o de tocar aspectos en los que deseen profundizar. El primero en hacerlo será el profesor Alexy.

Profesor Alexy:

Muchas gracias. La primera cuestión que me gustaría plantear hace referencia a lo que Andrei Marmor ha señalado sobre la fórmula Radbruch y los principios jurídicos. Obviamente, la fórmula Radbruch no es un principio jurídico. En todo caso sería, haciendo uso de los términos de Dworkin, una norma; una norma que es fruto de la ponderación de dos principios: el primero, el principio de la seguridad jurídica, que requiere que sigamos normas dotadas de autoridad; el segundo, el principio de los derechos fundamentales o de la justicia. El resultado de la ponderación de estos dos principios es el siguiente: en todos los casos, la seguridad jurídica o la autoridad precede a la justicia o al ideal, excepto en un caso: cuando se da una extrema injusticia. Sólo en este caso de extrema injusticia se invierte la relación de preferencia. Ésta es mi primera idea. En ella se pone de relieve el hecho de que en la fórmula Radbruch el argumento de la corrección no es más —ni tampoco menos— que una base.

Llego ahora a nuestro verdadero punto de desacuerdo: usted ha planteado que si los jueces presentan razones morales, dichas razones no son jurídicas. ¿Qué quiere decir con esta afirmación? Efectivamente, sería un error aceptar que estas razones morales son simplemente razones jurídicas, y esto es muy importante en el debate sobre el no positivismo. Porque, si estamos considerando las conexiones necesarias entre el derecho y la moral, si la conexión se supone que ha de ser entre derecho y moral, lo que se conecta es, por un lado, el derecho y, por otro, la moral. De otro modo, no sería una conexión entre derecho y moral. Y si las razones morales que hay que aplicar para cumplir con la pretensión de corrección se convirtieran, sólo por esta vía, en razones jurídicas, entonces ya no estaríamos conectando el derecho y la moral. Estaríamos estableciendo conexiones dentro del propio derecho. Por consiguiente, creo que tenemos aquí una ambigüedad de gran importancia sistemática. Podríamos incluso hablar de una especie de paradoja del no positivismo; a saber: si la pretensión de corrección transforma el argumento moral en un argumento jurídico, no existe conexión alguna entre derecho y moral. Para poder conectar el derecho y la moral, las razones morales deben permanecer, de una manera u otra, como morales y, a pesar de ello, deben ser requeridas por el derecho. La solución a este rompecabezas gira en torno a la distinción de dos dimensiones o niveles en el concepto de derecho, los cuales ya he mencionado. La primera dimensión es la de autoridad. A ella pertenece todo lo que se puede identificar de acuerdo con la tesis de las fuentes, en nuestro caso, la tesis débil

de las fuentes en el sentido de Raz. En esta dimensión del concepto de derecho, las razones a las que hace referencia la fórmula Radbruch son en realidad razones morales, y usted lleva razón cuando insiste en que no son razones jurídicas. En lo que se refiere a esta dimensión, estoy de acuerdo con usted. En cuanto a la segunda dimensión del concepto comprensivo de derecho —concepto que reúne la dimensión de autoridad con la de la corrección moral—, todas las razones requeridas por la pretensión de corrección pertenecen al derecho. Así, de acuerdo con el concepto comprensivo de derecho, las razones morales son, al mismo tiempo, jurídicas. Éste es el quid de la cuestión en un concepto de derecho que comprende tanto autoridad como corrección. La ambigüedad ocupa un lugar dentro del concepto de derecho. Y —me estoy repitiendo en este punto— creo que podemos reconocer que necesitamos este concepto comprensivo de derecho por el hecho de que una decisión no es jurídicamente perfecta en todos los aspectos si es moralmente equivocada.

Bien, ya he dicho demasiado, ¿no? Me puedo detener aquí o continuar; como prefiera el moderador.

Profesor Wellman:

No; procuremos centrarnos solamente en una cuestión por turno. Así seremos más eficaces. Tendrá la oportunidad de tocar otra cuestión más adelante.

Profesor Marmor:

Sí. Me centraré en este punto y probablemente lo conectaré con otro que se mencionó anteriormente. No entiendo este concepto de derecho basado en dos niveles, o en tres o en cuatro. Me recuerda a cuando estudiaba el doctorado en Oxford y presenté mi proyecto de investigación. El título de mi tesis era «el concepto de interpretación y el concepto de derecho», o algo así. John Finnis era uno de mis examinadores y me preguntó: «¿Por qué necesitas el concepto? ¿Se perdería algo si lo eliminaras? ¡Nada! Podemos eliminarlo». El debate es sobre la naturaleza del derecho, lo que el derecho es en realidad y cómo está relacionado con otros ámbitos normativos y no normativos, etc., etc. No es sobre el concepto de manera abstracta. Afirmar que tenemos dos conceptos del derecho está bien. Podemos tener tres conceptos si queremos. Podemos hablar de derecho y de moral, y de más cosas, como normas éticas y sociales. Podemos hablar del concepto que queramos. La cuestión es saber qué relación tienen esos conceptos con la naturaleza del derecho. Aquí hay dos ideas, aunque me centraré sólo en una de ellas. Una vez que admitimos que para llegar a la fórmula Radbruch necesitamos un argumento normativo, quedamos en manos de un argumento moral que nos diga algo sobre el derecho. La conclusión, entonces, ya no es sobre la naturaleza del derecho. Así de simple. No puedo plantear un argumento

normativo sobre la naturaleza de algo y esperar llegar a conclusiones que no sean normativas; de igual modo, si planteo un argumento moral, la conclusión será moral. Puede que sea positivo que todo el mundo piense que el derecho injusto no es derecho; vale, todos de acuerdo en eso, pero repito que no podemos tener un argumento moral que lleve a una conclusión sobre la naturaleza de algo que no sea moral.

Profesor Alexy:

Gracias. Este punto me interesa bastante. Comenzaré añadiendo algo sobre la relación entre concepto y naturaleza. Nuestra labor es reconocer y explicar la naturaleza del derecho, pero la única manera de conseguirlo es mediante conceptos. Los conceptos son siempre, por un lado, convencionales, pero, por otro, siempre pretenden —como afirmaba Kant en uno de los capítulos de la *Crítica de la Razón Pura*, y cito a Kant— «adecuarse al objeto que designan» («*dem Gegenstande adäquāt zu sein*»). Comenzamos con las convenciones, pero entonces tenemos que comprobar cada convención preguntándonos si el concepto que tenemos se adecua a su objeto. Así pues, mi primera tesis es que no tenemos contacto directo con la naturaleza de las cosas. Sólo podemos llegar a la naturaleza de una cosa mediante los conceptos, y es gracias a esta forma de aproximarse a la naturaleza de algo como se pueden definir los conceptos. En este sentido, se puede definir el concepto de derecho. Kant presenta en este contexto, entre otras cosas, tres conceptos: el concepto de agua —ya debía conocer por aquel entonces a Hilary Putnam, ¿no?—, el concepto de oro y el concepto de derecho. Entonces señalo que tenemos algunos conceptos de estas cosas, pero puede que estén equivocados. En ese caso, tenemos que adecuarlos a sus respectivos objetos. Esta observación respecto de la relación entre concepto y naturaleza puede ser suficiente para explicar por qué creo que no sería apropiado renunciar a los conceptos y mirar sólo la naturaleza.

Bien, voy a añadir algo sobre el concepto de derecho. Podemos establecer un concepto de derecho que haga referencia únicamente a su primera dimensión, en lugar de establecer un concepto comprensivo de derecho. Dicho concepto sería así idéntico al concepto de disposición de la autoridad, o algo similar. La cuestión principal es, efectivamente, la de la naturaleza del derecho. En mi opinión, la naturaleza del derecho incluye algo más que autoridad. Ése es el punto fundamental de desencuentro. La naturaleza del derecho incluye algo ideal y esto, a su vez, constituye en esencia el núcleo de los derechos fundamentales. Corresponde, por tanto, a la naturaleza del derecho el ser una empresa normativa. Al tratarse de un concepto comprensivo, el concepto de derecho conecta, desde el comienzo, las dos dimensiones que he mencionado. No podemos tener un concepto adecuado del derecho, ni se podrá identificar la verdadera naturaleza del derecho, recurriendo únicamente a la autoridad.

Profesor Marmor:

Permítanme comenzar por esta última idea. Por supuesto que estoy de acuerdo en que el derecho es mucho más que autoridad; en primer lugar, porque hay ciertos tipos de autoridad que no son jurídicos, de modo que no hay duda de que el derecho debe ser algo más que simplemente una institución dotada de autoridad. Debe ser una institución dotada de autoridad con otras características que la distinguen como tal. Creo que en esto estamos de acuerdo. Pero aún quedan dos o tres desacuerdos importantes. Uno de ellos es el siguiente: sigo sin entender cómo puede usted llegar a conclusiones sobre la naturaleza de algo, a partir de argumentos morales, que no sean conclusiones morales; de modo que usted podría concluir que un orden social ideal sería aquél que respeta los derechos humanos, que un orden moral aceptable, apropiado, es aquél que respeta los derechos y otras exigencias básicas en relación con la justicia y la moral. Hasta ahí todo bien. No se dice nada sobre lo que es el derecho. El derecho puede estar muy alejado del ideal, de lo justo; el derecho puede ser miles de cosas que no aprobamos. Por cierto —esta es una cuestión histórica—, el derecho sobre los derechos humanos es también anacrónico. Teníamos sistemas jurídicos muy desarrollados mucho antes de que alguien pensara en los derechos humanos. Cuando hablaba de no centrarnos demasiado en el concepto de derecho, sino de hablar de la naturaleza del derecho, no quería decir con ello que pudiéramos tener cierto acceso epistemológico directo a lo que es el derecho. Simplemente dije que estamos debatiendo sobre la naturaleza de la cosa, sobre la naturaleza del fenómeno social, de un aspecto de nuestra cultura y no sobre conceptos de manera abstracta. Voy a concluir por ahora: sigo sin entender en absoluto por qué usted, o cualquier otra persona, afirma que puede utilizar un argumento normativo para llegar a una conclusión sobre lo que son las cosas y su naturaleza, distinta de conclusiones normativas, como sería decir que es un mal derecho o un mal sistema jurídico, algo sobre lo que, obviamente, estamos de acuerdo.

La segunda idea, con la que vuelvo a un tema que ya mencionó usted en su introducción, creo que es muy interesante como parte del debate. Usted planteó el siguiente ejemplo: supongamos dos interpretaciones posibles de alguna ley: una moralmente correcta y otra que claramente no lo es. Por supuesto, todos estamos de acuerdo en que se trata de una cuestión de razones morales y el juez debería seguir la interpretación moralmente correcta. Y entonces usted dijo: «Pero si el juez no lo hace, seguirá siendo derecho de acuerdo con el positivismo jurídico». No entiendo lo que es derecho perfecto. No es derecho perfecto. Es mal derecho. Es moralmente malo, pero el caso es que es derecho. Creo que nadie afirmará que no lo es. Me pregunto si ganaríamos algo de claridad teórica negando el punto de vista positivista, si nos ayudaría a ver las cosas de una forma más clara. En cierto modo, sería mejor engañarnos a nosotros mismos; pensar que si los jueces toman malas decisiones morales, éstas no serán derecho, pero ¿sería eso una imagen más clara de la realidad? Hay muchas leyes que son profundamente injustas y que siguen siendo leyes.

Profesor Alexy:

Bien, si siguiéramos la vía positivista, nuestra imagen del derecho podría ser más sencilla, pero no estoy muy seguro de que fuera más clara. La claridad no es lo mismo que la sencillez. Para mí, el positivismo es una simplificación excesiva, y es por eso por lo que no responde correctamente a la cuestión de la naturaleza del derecho. Ha dicho usted que no deberíamos utilizar razones morales para determinar el concepto o la naturaleza del derecho. Pero el derecho, además de algo esencialmente dotado de autoridad, es también un ente esencialmente moral. Si esto es cierto, si el derecho es esencialmente un ente moral, no es únicamente un hecho social. Creo que es aquí donde radican nuestras diferencias.

La idea de que el derecho es fundamentalmente una práctica social, en otras palabras, el enfoque convencional del derecho, ha vuelto a ser conectada por los neo-positivistas de muchas formas y en muchos aspectos con la moral. A pesar de ser una práctica social o una convención, se dice que el derecho plantea necesariamente una pretensión de tener autoridad moral legítima. Entonces, se suscita la siguiente pregunta: ¿Por qué está conectada esta pretensión necesariamente con el derecho? Mi respuesta es: la pretensión de corrección está conectada necesariamente con el derecho porque somos inevitablemente personas morales. Nosotros no hacemos el derecho como personas jurídicas y después, desde el exterior —divididos en dos tipos de personas—, lo criticamos como personas morales para hacerlo mejor. Por supuesto que es cierto que el derecho es una práctica social. Pero es una práctica social hecha por personas que plantean pretensiones que van más lejos. Gracias a estas pretensiones, el derecho tiene una dimensión ideal.

En cuanto a los derechos humanos, me gustaría utilizar la distinción que hace Joseph Raz entre la naturaleza de una cosa y la posesión del concepto. En el Derecho Romano, por ejemplo, la gente no tenía el concepto de derechos humanos, pero si echamos un vistazo a la legislación del Imperio Romano sobre los esclavos, veremos que había muchas normas relativas a la protección jurídica, normas que prohibían, por ejemplo, la venta de esclavos a tratantes o proveedores para espectáculos de gladiadores, o matarlos sin causa alguna. No poseían el concepto de derechos humanos, pero si observamos la sustancia de las reformas que introdujeron, vemos que percibieron, al menos en cierta medida, elementos que pertenecen a la naturaleza de los derechos humanos. Por consiguiente, no creo que sea anacrónico conectar el concepto de derecho con esta dimensión de corrección moral. En realidad, incluso podríamos suponer que, desde el comienzo de la existencia del derecho, el germen de la idea de los derechos humanos estaba ahí. Esta tendencia pertenece a la propia naturaleza del derecho, no es que se haya impuesto en ella desde el exterior.

Profesor Marmor:

Espero no quedarme sólo con una frase, pero cuando usted dice «seguir la vía positivista», creo que está mostrando una de las principales fuentes de malen-

tendidos de toda esta cuestión y del debate en sí: el positivismo no es una vía a seguir porque no es una teoría normativa. Como usted sabrá, éste fue el famoso debate entre Hart y Fuller en los años 50 y 60, en el que Hart repetía una y otra vez a Fuller: «está describiendo una perspectiva normativa que yo no tengo». El positivismo no es una vía a seguir. El positivismo es una teoría sobre la naturaleza del derecho, que intenta llegar a la verdad de ésta.

Existe cierta conexión entre verdad y perspectiva crítica. De forma muy limitada, el positivismo tiene algún elemento normativo, y es el siguiente: esperamos que, al obtener una visión más clara y verdadera de la naturaleza del derecho, abramos el camino a perspectivas críticas sobre ésta, de modo que no critiquemos algo que no venga a cuento. Pero aparte de esta modestísima reivindicación de una ventaja normativa, que es simplemente una reivindicación de la verdad, el positivismo no realiza reivindicaciones normativas; una vez que usted comienza a describir el positivismo como una reivindicación normativa, está dejando de debatir sobre lo que realmente es el positivismo.

La segunda idea que quiero plantear, aunque me esté repitiendo un poco, es que el derecho pretende ser correcto (lo cual, por cierto, no creo que sea cierto para todas las leyes; es cierto para el derecho en general). Pero veámoslo de esta forma. Así pues, el derecho plantea una pretensión de corrección, al igual que yo planteo una pretensión de verdad en este debate y usted plantea una pretensión de verdad en este debate. Y yo puedo equivocarme o usted puede equivocarse, como todo. Lo mismo ocurre con el derecho: incluso aunque pretenda corrección, puede equivocarse.

Profesor Alexy:

Para comenzar, me gustaría advertir que el no positivismo jamás ha afirmado que el hecho de que el derecho plantee una pretensión de corrección significa que dicha pretensión se cumpla siempre. Ya hemos hablado sobre la naturaleza de las cosas. Es natural que una pretensión no llegue a hacerse realidad. La pregunta aquí es: ¿cuáles son las consecuencias de que no se cumpla esa pretensión? ¿El hecho de que no se cumpla implica sólo una especie de imperfección moral, o tiene como resultado algún tipo de imperfección jurídica? ¿Por qué decimos que esta pretensión está necesariamente conectada con el derecho? ¿Cómo sabemos esto? Si dijéramos que el derecho a veces plantea esta pretensión y a veces no, ya no estaríamos refiriéndonos al punto en el que yo quiero hacer hincapié. No obstante, tengo la sensación de que usted afirma que el derecho plantea necesariamente una pretensión de corrección moral. Ello significaría que algo que no plantease esta pretensión no sería derecho. ¿Cómo puede el neo-positivismo decir todo esto sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral, y seguir siendo positivismo? Por ejemplo, Joseph Raz argumenta que hay una lista infinita de conexiones necesarias entre el derecho y la moral, pero que no son relevantes para la distinción entre el positivismo y el no positivismo como división básica

en la filosofía jurídica. Quizá debamos reflexionar sobre a qué nos referimos por conexión. ¿Qué se requiere para que se dé una conexión? Podemos pensar en una relación fuerte. La fórmula Radbruch es un ejemplo. Ésta afirma muy taxativamente que la moral es —si bien sólo en los casos de extrema injusticia— una condición necesaria para la validez. Éste es un punto de vista tradicional. La moral pone límites a lo que puede ser jurídicamente válido. Creo que es muy importante separar esta cuestión clásica que concierne a los límites del derecho, de la cuestión más abstracta y general en torno a cómo afecta la pretensión de corrección a la naturaleza del derecho. Si es realmente cierto que el derecho plantea una pretensión que necesariamente lo relaciona con la moral, entonces el derecho es radicalmente diferente de lo que sería si éste no fuera el caso.

Profesor Marmor:

Simplemente para mostrar la conexión sobre pretensiones, no sobre la verdad. No obstante, creo que estamos exagerando esta conexión necesaria entre derecho y moral desde una perspectiva positivista. Seamos, por tanto, un poco más rigurosos. Esto es lo que yo creo que es cierto y la afirmación que me gustaría defender. El derecho en general es una institución dotada de autoridad como muchas otras instituciones y prácticas que también lo están. Está en la naturaleza, en el fundamento de las autoridades, frente a otras formas o prácticas parecidas, el tener una pretensión de legitimidad. Creo que es en este sentido en el que el derecho difiere del famoso ejemplo planteado por Hart del pistolero. Cuando el pistolero dice, «la bolsa o la vida», no está haciendo ninguna pretensión de autoridad ni de legitimidad. Cuando Hacienda nos dice, «el dinero o a prisión», sí que está haciendo una pretensión de legitimidad. Ahora bien, de ahí no se deduce (como no se deducen muchas otras cosas) que toda norma jurídica en particular alegue una pretensión de corrección moral. En mi opinión, eso no es cierto. Creo que los gobiernos y los parlamentos promulgan muchas leyes que no consideran necesariamente como morales. Simplemente las consideran convenientes o beneficiosas para algo. Por consiguiente, no creo que usted pueda llevar la perspectiva *raziana*, que para mí es perfectamente correcta, de que el derecho en general, como institución dotada de autoridad, tiene en sí mismo una pretensión de legitimidad, a que cada norma en particular promulgada por una institución o autoridad jurídica alegue dicha pretensión. Ésta es una de las aclaraciones.

La otra es que incluso fijándonos únicamente en los casos en los que el derecho claramente alega una pretensión de legitimidad, o como yo prefiero decir, corrección moral, el caso es, una vez más, que siempre puede fallar. No obstante, el simple hecho de decir que el derecho alega esa pretensión, ya prueba que existe una conexión necesaria entre derecho y moral. Por supuesto que la hay. Hay muchísimas conexiones necesarias entre el derecho y la moral. La moral es el razonamiento sobre lo que deberíamos hacer, y sobre lo que nos está permitido hacer, sobre cómo tratarnos los unos a los otros y, obviamente, gran parte del de-

recho es sobre eso mismo, ¿no es así? El derecho existe para regir nuestras vidas, al igual que la moral. Así pues, como dije anteriormente, el positivismo jurídico nunca tuvo motivos para negar que el derecho tiene cierto contenido moral, que se da un solapamiento evidente entre el contenido de cualquier sistema jurídico y unas prescripciones morales, etc. Nada de eso se discute.

Profesor Wellman:

Me parece que debo agradecer a los miembros del público que hayan sido tan pacientes. Creo que ya es hora de darles la oportunidad de tomar parte en el debate. Les pediría que se limitaran a una sola pregunta o a un breve comentario, no a varios. El profesor Peczenik tiene la palabra para hacer una pregunta.

Profesor Alexander Peczenik:

Me llamo Alexander Peczenik y en la actualidad estoy en Statin, no en Lund. Todo parece ahora muy complicado; y yo me hago una pregunta: ¿Hay algún desacuerdo que sea sencillo tras todas estas complejidades de las que están hablando? Yo creo que sí que hay un desacuerdo sencillo, que se puede extraer de dos afirmaciones que he escuchado de ustedes dos. He escuchado del profesor Marmor que el derecho es un instrumento. Por su parte, he escuchado del profesor Alexy que el derecho es un ideal. Puedo dar otros ejemplos. La ciencia es un instrumento; podemos construir aviones gracias a la ciencia. Pero la ciencia también es un ideal; sirve al ideal de la verdad. Cito aquí a Radbruch, otra fórmula Radbruch. La gran pregunta es: cuando hablo de la naturaleza del derecho o de la ciencia, o de muchas otras materias humanas, ¿debo prestar atención a los ideales y a los objetivos, o bien únicamente a los hechos que pueda describir? La gran diferencia está entre una imagen del mundo científica, que describe hechos sin ideales, y una imagen del mundo aristotélica que se centra en ideales y objetivos. Esto es algo ya muy antiguo. Por tanto, cuando hablamos de algunos asuntos humanos, es más fácil abstraerse de los ideales. Cuando hablamos del derecho, sin embargo, tengo la sensación de que es muy difícil. En este sentido, creo que el profesor Alexy plantea un razonamiento muy interesante. Por otro lado, esta cuestión está condenada a ser eternamente polémica. El resto son notas a pié de página. Gracias.

Profesor Marmor:

¿Puedo responder yo primero? Estoy de acuerdo con usted. Creo que su comentario es muestra de que hay demasiado interés en el positivismo jurídico. Éste no agota todo lo que se puede decir sobre el derecho. Es simplemente una teoría sobre un aspecto del derecho, la descripción de una teoría sobre la naturaleza del

derecho. Hay muchos otros aspectos que nos interesan del derecho, algunos normativos y otros descriptivos. Podemos tener intereses descriptivos en el derecho desde un punto de vista sociológico, desde una perspectiva psicológica, económica, etc., y ninguno de ellos tendría que ver con el positivismo jurídico. Y desde luego que también podemos tener una gran variedad de intereses normativos en el derecho. Podríamos preguntarnos qué sería un derecho ideal, qué sería un buen derecho, qué sería un derecho justo, etc. De nuevo, nada de esto tendría que ver con el positivismo jurídico.

Profesor Alexy:

Si de lo que se trata es de la naturaleza del derecho, no puede ser que, como Andrei Marmor acaba de plantear, el positivismo sólo trate un aspecto. Tratar sólo un aspecto de la cosa no es tratar la naturaleza de ésta. Me gustaría añadir una observación más sobre la sugerencia de Alexander Peczenik de que la dimensión ideal hace referencia a Aristóteles. Yo preferiría utilizar aquí los conceptos de Kant. Tenemos ideas (*Ideen*) que están implícitas en el razonamiento humano y, por consiguiente, también lo están en una práctica social que se basa en el razonamiento humano, como es el derecho. Todo esto junto forma un concepto completo del derecho; y esa es, en mi opinión, la única forma de poder llegar a comprender la naturaleza del derecho.

Profesor Wellman:

Tiene la palabra ahora el profesor Guiburg, de Buenos Aires.

Profesor Ricardo Guiburg:

Gracias. La polémica sobre las conexiones entre el derecho y la moral, o entre el positivismo excluyente y el positivismo incluyente puede que sea una consecuencia de la relación entre dos enfoques diferentes sobre la naturaleza o la identificación del derecho. Uno de estos enfoques es el ontológico, que busca la respuesta en una realidad más o menos metafísica. En otras palabras, cuáles son las características del derecho. El segundo enfoque es político, e intenta poner el concepto de derecho y el discurso jurídico al servicio de lo que muchos de nosotros deseamos y, por ende, consideramos como justo. Dicho de otro modo, ¿qué características le exigimos que tenga al derecho? El tercer enfoque quizás sea más metodológico. Si encontramos un método convincente y ampliamente compartido para distinguir las proposiciones jurídicas verdaderas de las falsas, podríamos postular entonces una ontología capaz de ser recogida en esta metodología. De este modo, la distinción entre derecho natural, positivismo incluyente y excluyente se

podría superar y finalizar. De otro modo, podríamos utilizar palabras más sólidas que los conceptos que estamos ofreciendo como contenido. La pregunta, por tanto, es: ¿contamos con dicho método?

Profesor Marmor:

El método unificador; no creo que sea una cuestión de metodología. Se trata simplemente de hacer preguntas diferentes. Podemos preguntarnos cuál sería el tipo de derecho que mejor se ajustaría a nuestro ideal de democracia, o cual sería el tipo de derecho que mejor se ajustaría a una adecuada teoría general de la moral, o que mejor se ajustaría a lo que fuera. En definitiva, miles de perspectivas. Son simplemente preguntas diferentes. No creo, por tanto, que la discusión entre positivismo jurídico y derecho natural, o Dworkin y otra cosa, sea fundamentalmente metodológica.

Profesor Wellman:

Creo que el profesor Habermas desea hacer un comentario o plantear una pregunta.

Profesor Jürgen Habermas:

Sí, una pregunta muy breve para el profesor Alexy. ¿Por qué necesita recurrir a la fórmula Radbruch? Una vez que limita el debate a los sistemas jurídicos dentro del marco de una democracia constitucional, los principios constitucionales contienen todo el contenido moral que necesita, de modo que, incluso oponiéndome a mi amigo Ronnie Dworkin, yo diría que el recurso a cualquier otro principio que no se recoja en el sistema jurídico en su conjunto sería sospechoso. Por tanto, ¿por qué pide usted algo más que poder recurrir, si fuese necesario, a los principios constitucionales sabiendo que tenemos un sistema jurídico en el que los derechos humanos están penetrando en el derecho civil, etc.?

La segunda pregunta surge a raíz de las dos contribuciones. Es un hecho constatado que el debate sigue prolongándose desde hace más de cien años. ¿Por qué? Parece que la pregunta no está bien definida. Quiero decir, ésta es una de esas cuestiones en las que hay al menos cuatro debates de fondo. Uno es sobre la teoría moral. Aquí lo podemos ver, un kantiano frente a un no cognitivista, supongo. En la teoría moral, la composición meta-ética es uno de los debates de fondo. El segundo es de tipo metodológico, que ustedes han mencionado. ¿Estamos reconstruyendo racionalmente nuestro marco conceptual para el derecho positivo, o bien hemos adoptado la actitud de alguien que busca una teoría descriptiva? Finalmente, es cierto que hay diferentes teorías sociales e, incluso, diferentes concepciones de

la democracia. Creo que es, por tanto, todo este conjunto de cuestiones las que hacen que sea muy complicado poner fin a esta disputa.

Profesor Alexy:

Muchas gracias, profesor Habermas. La fórmula Radbruch no es necesaria en el contexto de un sistema democrático constitucional, en caso de que la injusticia se cometa en este sistema. Sin embargo, sí que era requerida para reaccionar frente a las injusticias nazis ya que, en los tiempos en los que se cometieron, no había, en muchos casos, normas de derecho positivo que hubiesen sido infringidas por estas injusticias. La *Grundgesetz*, la constitución alemana, no era válida, obviamente, en el Tercer Reich. Por tanto, para declarar inválidas, por ejemplo, las ordenanzas promulgadas en aplicación de la *Reichsbürgergesetz* que despojaban a los judíos inmigrantes de sus propiedades y de su ciudadanía, era necesaria la fórmula Radbruch; sólo en este tipo de constelaciones se hace necesaria. Pero, aparte de esta necesidad práctica de la fórmula Radbruch tras la caída de un sistema totalitario, ésta no tiene una influencia práctica en la vida jurídica diaria de un sistema constitucional. No obstante, sigue desempeñando un importante papel teórico. En la física, por ejemplo, los efectos extremos suelen ser muy importantes desde un punto de vista teórico, aunque no ejerzan influencia alguna en nuestra vida diaria. Algo similar se puede aplicar también al derecho. Los casos extremos nos pueden ayudar a entender lo que no está más que implícito en la práctica diaria. Ésta es una función aún vigente de la fórmula Radbruch. Por lo demás, estoy de acuerdo con usted en que, ciertamente, no tiene una influencia práctica en un sistema democrático constitucional.

Profesor Marmor:

Quisiera responder sólo a una parte de la pregunta: ¿por qué continúa el debate? Voy a responder cogiendo el camino más fácil: todos los debates dentro de la filosofía se han prolongado durante mucho tiempo y posiblemente continúen haciéndolo, como la cuestión sobre qué es el conocimiento. Pero creo que aquí se da una razón más para eso. Esta razón es que, aunque aparentemente el debate entre el positivismo jurídico y sus diferentes críticas no positivistas es fundamentalmente filosófico, y concierne a la naturaleza y al concepto de derecho, ha sido, comprensiblemente, secuestrado por un debate entre diversas perspectivas político-morales en torno a este o aquel sistema jurídico, o a cómo reaccionar ante atrocidades de uno u otro tipo, a cómo considerar las normas internacionales de derechos humanos, etc. Ésta es una combinación bastante desacertada porque así la gente sólo tiende a centrarse en eslóganes y a debatir sobre ellos. Y es que, para lo referente a eslóganes, el positivismo no se ajusta muy bien. Se puede pensar que el positivismo simplemente dice: «Bueno, cualquier cosa puede ser derecho», lo cual creo

que no es así. Así pues, creo que uno de nuestros objetivos debería ser mantener separadas las cuestiones diferentes y no confundir algunos dilemas político-morales con debates filosóficos importantes sobre la naturaleza del derecho.

Profesor Alexy:

Quisiera añadir una idea en relación con el carácter interminable de la discusión sobre el positivismo jurídico. Se trata una discusión sobre la propia percepción de los juristas. Ésta es una cuestión compleja. Las discusiones sobre las percepciones propias son siempre muy complejas e interminables y, sobre todo, la propia percepción de los juristas es una reflexión de su concepto de derecho. No discutimos únicamente sobre un concepto, discutimos también sobre cómo nos debemos entender a nosotros mismos. Creo que esto nos ayuda a explicar la profundidad y el carácter permanente del debate.

Profesor Massimo Latorre:

Me gustaría hacer referencia a las conclusiones planteadas por el profesor Marmor. Él señaló: «El derecho está relacionado sin duda alguna con lo que los individuos deben hacer, con lo que los juristas deben hacer». Ahí hay un elemento, una norma. Por otro lado, también dijo: «La cuestión de la naturaleza del derecho no tiene nada que ver con el ,deber ser‘ del derecho». Ahora bien, debo decir que una cosa es la teoría de la reconstrucción de lo que los juristas tienen que hacer o deben hacer, y otra cosa es la teoría de la naturaleza del derecho. Son dos cosas diferentes. Recuerdo que Joseph Raz establece, en alguna ocasión, una distinción, dentro de la teoría de la argumentación jurídica, que tiene implicaciones morales intrínsecas. Si no me equivoco, lo que Joseph Raz afirma es que, en la teoría de la argumentación jurídica, tenemos que contar con la moral por necesidad, de modo que, para saber qué ley aplicar, necesitamos cierta relación con la moral, necesitamos introducir argumentos morales.

Pero otra cosa es la teoría de la naturaleza del derecho. Son dos cosas diferentes: la teoría de la argumentación jurídica y la teoría de la naturaleza del derecho. Bien; si aceptamos la metodología de Hart, que dice, en primer lugar, que el derecho es una práctica, entonces el derecho es lo que los juristas hacen. Es una práctica. No es un dato, sino una práctica. En segundo lugar, para entender dicha práctica, deberíamos aceptar el punto de vista interno. Así pues, para entender qué es el derecho, deberíamos asumir la perspectiva de lo que hacen los juristas, y lo que hacen los juristas es determinar lo que deben hacer. Y para saber qué es lo que los juristas deben hacer, debemos introducir argumentos morales; si éste es el caso, y creo que sí que lo es, si quisiéramos seguir siendo hartianos, no podríamos mantener la separación entre el derecho y la moral. Por tanto, mi conclusión es la siguiente: hay un artículo en el que Neil MacCormick define a Dworkin como

un autor pre-benthamiano. A mí me gustaría definir la tesis neo-positivista del profesor Raz y la de usted como un positivismo pre-hartiano.

Profesor Marmor:

He mencionado al menos tres sentidos, y puedo mencionar aún más —y más importantes—, en los que no podemos hablar del derecho sin moral, donde posiblemente exista una conexión conceptual necesaria entre derecho y moral. En mis observaciones introductorias señalé que probablemente sea cierto que tengamos buenas razones morales para que el derecho exista, que probablemente sea cierto que exista un solapamiento necesario entre los conceptos de derecho y moral, etc. Así que hacia donde nos lleva el debate no es a la existencia o no de una conexión entre el derecho y la moral. Todos admitimos que la hay. Hay unas cuantas conexiones, posiblemente muchas más de las que he mencionado. La cuestión es en realidad sobre un aspecto crucial del concepto de validez jurídica. Que algo sea derecho no tiene por qué depender conceptualmente de su contenido moral y eso es lo que nosotros estamos defendiendo. Ahora bien, no creo que los diferentes puntos de vista aporten mucho en este sentido. Es importante para otros métodos, pero no para éste. No obstante, si tengo tiempo al final, en las conclusiones me gustaría añadir algo sobre esto.

Profesor Wellman:

Veo, al menos, cinco personas que desean participar y hay tiempo, así que no se preocupen, no me olvidaré de ustedes. Pero, en primer lugar, me gustaría darle la palabra a la señora de este pasillo.

Profesora Nora Wolfzun:

Nora Wolfzun, de Argentina. Trataré de hablar en inglés. Tengo una pregunta para el profesor Alexy. Usted hizo hincapié en la conexión intrínseca entre el derecho y la moral, que es especialmente estrecha en el ámbito de los derechos humanos. Me gustaría saber si existe alguna posibilidad de afianzar esta conexión interna entre estos dos campos en la línea de los planteamientos de Habermas sobre el procedimiento moral; es decir, si ése podría ser otro afianzamiento de esta conexión interna. Gracias.

Profesor Alexy:

Muchas gracias por la pregunta. Mi respuesta comienza con la pretensión de corrección. El concepto de corrección es extremadamente complejo. He intentado

hacer hincapié en que tiene una dimensión de autoridad y una dimensión ideal. Pero una dimensión de autoridad en un Estado constitucional democrático no es simplemente de autoridad, porque es fruto de los resultados de un proceso democrático. De este modo, la autoridad en un Estado constitucional democrático está vinculada internamente a procedimientos de formación pública de la voluntad, que fundamentalmente incluyen un discurso público que pretende conseguir resultados correctos. Por este motivo, no estoy de acuerdo en absoluto con Andrei Marmor cuando dice que no todas las leyes parlamentarias reivindican ser correctas o justas. Neil MacCormick señaló en una ocasión que sería absurdo que un parlamento promulgara una ley con el título: «Ley sobre la injusta tributación de los ricos». Ningún parlamento del mundo denominaría de este modo una ley. Esto demuestra que la reivindicación de lo correcto siempre está presente en la legislación.

La fórmula Radbruch se debe considerar aparte de esta idea general. Aquella se refiere, en concreto, a la extrema injusticia y, por tanto, a un aspecto importante y de peso. Protege el núcleo de los derechos humanos. Esto nos lleva a preguntarnos si los derechos humanos existen, pues un núcleo de los derechos humanos sólo puede existir si los derechos humanos en sí existen. Creo que tenemos buenas razones para aceptar que la idea de los derechos humanos no es sólo una idea llena de contenido, sino además, un tema nuevo que daría para mucho. Aquí yo solo quiero subrayar las dimensiones de la pretensión de corrección y, por ende, del concepto comprensivo del derecho.

Profesor Eugenio Bulygin:

Creo que debemos diferenciar dos problemas bastante distintos. El primero es la identificación del derecho, de las reglas jurídicas, o de las normas, o como quieran llamarlas. Éste es un problema teórico. En él, lo importante es lo que el profesor Marmor ya señaló claramente. El segundo problema es lo que deberíamos hacer una vez identificadas dichas normas jurídicas. En mi opinión, ni siquiera en el caso de que un juez haya identificado correctamente una serie de normas jurídicas y posteriormente afirme: «la ley me exige que haga X, pero por razones morales no lo haré, de modo que no aplicaré la ley», hay contradicción alguna entre estas dos afirmaciones. Según la tesis del profesor Alexy, sí que serían contradictorias, pues el derecho plantea una pretensión de corrección moral. Pero yo puedo negarme a aplicar una ley o norma jurídica por razones morales. No creo, por tanto, que haya contradicción en absoluto, ni siquiera aunque el juez diga eso.

Profesor Alexy:

Muchas gracias. Creo que el problema de la contradicción es un problema sobre el concepto de derecho que utilizemos. No estoy de acuerdo con Andrei

Marmor cuando dice que no podemos utilizar —basándonos en puntos de vista diferentes— conceptos del derecho diferentes. Si un juez dice: «El derecho me exige hacer A, mientras que la moral me pide que me abstenga de hacer A», por «derecho» se está refiriendo en la primera proposición exclusivamente a lo que está promulgado con autoridad y es socialmente eficaz. Dada esta condición, no hay contradicción en estas dos proposiciones. No es una contradicción decir que lo que está promulgado con autoridad y es socialmente eficaz me obliga a hacer A, mientras que la moral me pide que me abstenga de hacerlo. De lo que se trata, sin embargo, es de saber si es adecuado, cuando se actúa como juez, emplear un concepto del derecho que sea así de limitado.

En cuanto se emplea el concepto comprensivo de derecho, las cosas cambian drásticamente. Tengo por seguro que ningún no positivista sostendría que los jueces tienen el poder o la competencia para no aplicar lo que se promulga oficialmente y es socialmente eficaz simplemente porque piensen que es moralmente equivocado. La cuestión es más compleja. No se trata de que la incorrección moral jamás justifique una decisión *contra legem*, ni tampoco de que siempre lo haga. Más bien, se da una escala de tres niveles, que comienza con la fórmula Radbruch. En casos de extrema injusticia, la moral siempre precede a lo que ha sido promulgado, incluso aunque las circunstancias del momento no permitan que esa prioridad se haga socialmente eficaz. De este modo, la fórmula Radbruch resuelve la contradicción, entre la dimensión fáctica y la dimensión ideal del concepto comprensivo de derecho, a favor de la dimensión ideal en los casos de extrema injusticia. El problema *contra legem* como problema relativo a la práctica jurídica ordinaria se encuentra, por tanto, en un nivel inferior al de la extrema injusticia. Son muchas, y diversas, las razones que pueden justificar una decisión *contra legem*. Aquí sólo nos interesan las razones morales. Ya hemos dicho que la imperfección moral, por sí sola, no es de ningún modo suficiente para justificar una decisión *contra legem*. En los casos normales de imperfección moral, la contradicción entre la dimensión fáctica y la dimensión ideal es simplemente una expresión de la imperfección jurídica que no puede ser resuelta por un juez. Para justificar una decisión *contra legem*, la imperfección debe ser de un determinado tipo y grado. En muchos sistemas jurídicos, la resolución de este problema ha sido institucionalizada. Una manera de hacerlo es estableciendo un tribunal constitucional. El tribunal constitucional aplicará las normas constitucionales, especialmente las normas relacionadas con los derechos fundamentales, para resolver el caso. Esto demuestra que los sistemas jurídicos de tipo democrático-constitucional han interiorizado normas morales como derecho constitucional, como ha planteado Habermas. Pero si no tenemos todos los medios que puede ofrecer un sistema democrático constitucional, el problema de la decisión *contra legem* tendría que ser resuelto por un juez en sentido estricto. El concepto comprensivo de derecho exige al juez que resuelva la contradicción entre lo fáctico y lo ideal como un problema jurídico. Se trata de poner en una balanza los principios de la seguridad jurídica, la separación de poderes y la democracia, por un lado, y la justicia sustancial, por otro.

Profesor Wellman:

El señor allí en el pasillo, ¿podría, por favor, presentarse y, muy brevemente, hacer su comentario?

Profesor Pasquale Policastro:

Pasquale Policastro, de Polonia e Italia, actualmente en Statin. Mi pregunta es la siguiente: ¿No creen que la cuestión histórica puede ser relevante? El positivismo se desarrolla en un momento histórico, y la opción de desarrollar un enfoque positivista viene dada fundamentalmente por razones morales. Me explico: en lugar de tratar con la complejidad de la sociedad, el enfoque neo-positivista, con las preocupantes modificaciones aplicadas al modelo, trata de razones inherentemente morales. Por consiguiente, no sabría decir si dicho enfoque podría ser de relevancia para nuestro problema ya que, en definitiva, preguntarse por un concepto puro o ideal, que funcione como elemento *a priori*, nos exige un planteamiento basado en la invariabilidad, que es muy difícil de lograr no sólo en las ciencias sociales, sino también en las ciencias naturales. Así que la cuestión es que para las dos metodologías hay algo que decir, y lo que yo quiero decir, concluyendo, es: ¿es relevante el desarrollo histórico del positivismo para nuestra cuestión?

Profesor Marmor:

Por supuesto que sería importante entender cómo se desarrolla el positivismo, como cualquier otra teoría. Nos podemos preguntar por la historia de las ideas. Pero, sea cual sea nuestra reflexión en ese sentido, incluso aunque se demuestre que hubo un motivo histórico para el desarrollo de una teoría en un momento determinado, seguiría sin tener nada que ver con la problemática que nos interesa aquí, es decir, si la teoría es válida o no.

Profesor Sergio Pormunzio:

Muchas gracias. En la era del positivismo incluyente y excluyente, y de los derechos humanos, hay una cuestión que causa cierta perplejidad en Brasil. Dicha cuestión es práctica. Algunos pensadores creen que las ideas de lo justo, lo injusto y la teoría de la argumentación jurídica son sencillamente estupideces. Por otro lado, hay pensadores que defienden las ideas de lo justo, lo injusto y la teoría de la argumentación jurídica en las decisiones jurídicas como la base de la justicia. Esto trae como resultado una teoría del derecho antagonista y paradójica. Mi pregunta, por tanto, es: ¿Cómo podemos resolver en la práctica las consecuencias de esta dicotomía fruto del debate de los pensadores?

Profesor Marmor:

Lo siento. Creo que, en todo el mundo y en diferentes momentos de la historia, hay dilemas prácticos muy difíciles de resolver. ¿Cómo podemos abordar los casos en los que se han hecho cosas muy graves en nombre del derecho? El problema es si queremos decir que era simplemente un mal derecho, o si deseamos plantear una especie de argumento legalista que afirme que, después de todo, no era derecho. Ahora bien, separemos las cuestiones prácticas de las teóricas. Puedo entender por qué en ocasiones, desde un punto de vista práctico, sería mejor hacer de un argumento legalista una especie de argumento de derecho natural que afirme que no sólo se trataba de un mal derecho, sino que, para empezar, no era ni siquiera derecho. ¿De acuerdo? Es posible que sea políticamente o jurídicamente más aceptable, o que plantee ciertas ventajas prácticas, pero eso no lo hace teóricamente válido. Desde mi punto de vista, sería mucho mejor para todos intentar ver la verdad; y la verdad es que el derecho no tiene por qué ser necesariamente algo bueno; a veces ocurren cosas muy negativas cuando se respeta la ley. Por tanto, el derecho debe criticarse y no siempre respetarse. Pero soy consciente de que a veces no es políticamente oportuno decir esto. Aunque esto no hace que sea verdad.

Profesor Alexy:

Es cierto que, en ocasiones, cuando se aplica la ley, ocurren cosas muy desafortunadas. Pero, cuando algo así ocurre, no es algo externo a la ley, como lo es la muerte de la víctima respecto del cuchillo con el que ha sido asesinada. Más bien está dentro de la ley; ésta es la clave. Me gustaría añadir una observación a lo que el profesor Policastro acaba de señalar. En realidad, existe una relación estrecha entre el positivismo o el no positivismo —según el caso— y la forma de organización política. Esto no quiere decir, sin embargo, que nuestro tema pueda reducirse a una cuestión de organización política.

Profesor Wellman:

Es hora de dejar a cada uno de nuestros ponentes que hagan una breve conclusión. El primero será el profesor Marmor.

Profesor Marmor:

Creo que es demasiado tarde como para hacer conclusiones; no obstante, sólo añadiré una cosa, para recalcar mis anteriores respuestas. Hay muchas confusiones en todo este debate sobre el positivismo jurídico que surgen a raíz del hecho de que el debate está muy inflado, y parece implicar cuestiones normativas de gran

calado sobre las democracias constitucionales y el constitucionalismo, así como sobre las condiciones que justificarían la invalidación de leyes, etc. Por su parte, desde una perspectiva filosófica, el debate está mucho más limitado; se centra en algunas cuestiones clave sobre la naturaleza del derecho. Todo ello deja este gran debate político-moral completamente intacto, como creo que debería de ser.

Profesor Alexy:

No estoy de acuerdo con esto. Corresponde a la naturaleza del derecho que tenga un carácter sistemático. Eso no excluye que, en determinadas circunstancias, se pueda utilizar un concepto de derecho más limitado, que se refiera exclusivamente a la promulgación dotada de autoridad y la eficacia social. No obstante, el derecho es un ente complejo; no se agota en estos rasgos. Su naturaleza sólo se puede entender por completo mediante un concepto comprensivo que incluya la moral.

Profesor Wellman:

Quiero dar las gracias a nuestros dos ponentes, pero también al público que ha participado, y escuchado, con tanta paciencia y atención. Muchas gracias.