

POSITIVISMO Y COGNITIVISMO ÉTICO: VALORACIÓN CRÍTICA Y PLANTEAMIENTO ALTERNATIVO

Positivism and Ethical Cognitivism: A Critical Analysis and Alternative Approach*

TOMÁS DE DOMINGO PÉREZ**

Fecha de recepción: 29/06/2021
Fecha de aceptación: 26/10/2021

Anales de la Cátedra Francisco Suárez
ISSN: 0008-7750, núm. 56 (2022), 71-96
<http://dx.doi.org/10.30827/ACFS.v56i0.21646>

RESUMEN La apertura al cognitivismo ético representa una de las principales líneas argumentales en defensa del positivismo jurídico. A partir de ella se han examinado las relaciones entre derecho y moral para ver en qué medida se puede seguir manteniendo la tesis de la separación. En este trabajo se sostiene que el problema del positivismo radica en su concepto de derecho y se plantea como alternativa una indagación que exige recuperar la filosofía del derecho como actividad orientada a comprender la raíz del fenómeno jurídico. Esta aproximación alternativa permite, entre otras cosas, examinar la tesis de la separación entre derecho y moral desde una perspectiva no normativista.

Palabras clave: Separación entre derecho y moral, derecho injusto, deber de obediencia, obligatoriedad de las normas jurídicas, validez jurídica, relevancia jurídica, positivismo jurídico.

ABSTRACT The possibility to combine legal positivism and ethical cognitivism represents one of the most relevant arguments in defense of legal positivism. The relations between law and morality have been examined to see to what extent the thesis of separation can be maintained. In this paper it is argued that the problem of positivism lies in its concept of law and an inquiry is proposed as an alternative that requires recovering the philosophy of law as an activity aimed at understanding the root of the legal phenomenon. This alternative approach allows, among other things, to examine the thesis of the separation between law and morality from a non-normative perspective.

Key words: Separation between law and morality, unjust law, duty of obedience, legal validity, mandatory nature of rules, legal relevance, legal positivism.

* Para citar/citation: De Domingo Pérez, T. (2022). Positivism and ethical cognitivism: valuation critical and alternative approach. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 56, pp. 71-96.

** Filosofía del Derecho, Universidad Miguel Hernández (España). Avda. Universidad de Elche, s/n, 03202 Elche (España). Email: t.domingo@umh.es

1. INTRODUCCIÓN

El debate sobre el positivismo jurídico y su crisis permanece abierto. La diferencia más relevante entre el positivismo y el no-positivismo se plantea en torno a la separación entre el derecho y la moral. Todos los positivistas defienden la tesis de la separación, es decir, la necesidad de identificar el derecho con independencia de sus contenidos materiales. En su clásica caracterización del positivismo jurídico, Bobbio (1993, p. 148) sostuvo que se trata de un rasgo irrenunciable del positivismo si se aspira a lograr un tratamiento científico del derecho¹. La razón última de esta estricta separación radicaba en el irracionalismo ético. Sin embargo, a mediados del siglo XX, Hart introdujo una revisión de la máxima importancia al sostener que es posible mantener la tesis de la separación sin asumir este extremo². De este modo se puede identificar el derecho injusto —sin que ello comprometa su juridicidad— e incluso justificar la desobediencia al mismo por razones morales³. Con la apertura del positivismo al cognitivismo ético se ha llegado a un punto en que cuesta apreciar las líneas divisorias entre el positivismo y el no positivismo⁴. Puede pensarse que, una vez superado el irracionalismo ético, el debate se pierde en matices poco menos que escolásticos y con escasa trascendencia práctica. Sin embargo, por una parte, los caminos que se pueden seguir en la superación del irracionalismo ético

-
1. Bobbio afirma: “Sobre este punto no es posible hacer distinciones, y el tema es muy sencillo. Puesto que la ciencia o es avalorativa o no es ciencia, el método positivista es pura y simplemente el método científico y, por tanto, es necesario aceptarlo si se pretende hacer ciencia jurídica o teoría del Derecho: si no es ese el objetivo no se hará ciencia, sino filosofía o ideología del Derecho”.
 2. Elías Díaz (1971, pp. 349-387) analiza el problema de los valores en el positivismo de la segunda mitad del siglo XX, y destaca que la aportación de Hart ha dado lugar a un positivismo jurídico que corrige los rasgos clásicos del positivismo y admite “la posibilidad de una valoración ética ejercida sobre las normas jurídicas” (p. 368) en línea con los planteamientos propuestos en su día por los utilitaristas según la célebre fórmula de Bentham: “obedecer puntualmente y criticar libremente”.
 3. Las tesis de Hart siguen representando la principal línea de argumentación del positivismo frente a planteamientos alternativos. Así se observa, por ejemplo, en la exposición del positivismo jurídico que realiza Juan Antonio García Amado (2012a, pp. 53-116, 2012b, pp. 163-264) en el debate con Andrés Ollero sobre la relación entre el derecho y la moral. Aunque no se refiere explícitamente al autor inglés, García Amado utiliza la mayor parte de las razones de Hart para sostener que el positivismo jurídico es una teoría clara, modesta en sus pretensiones y coherente con la visión del derecho que suelen tener los ciudadanos y los operadores jurídicos.
 4. Así, por ejemplo, Alexy (2013, p. 17), en la clasificación que realiza entre corrientes positivistas y no positivistas, admite que es posible afirmar desde el no positivismo que la extrema injusticia no conlleva la pérdida de validez jurídica.

son muy variados. Pero, sobre todo, la comprensión de cuáles son las raíces o causas últimas de la juridicidad condiciona la manera de afrontar la práctica del derecho, al margen del interés teórico que tiene la cuestión por sí misma. En el fondo del debate se halla ofrecer un adecuado concepto de derecho.

Hay trabajos en los que se ha mostrado de manera convincente que el error del positivismo jurídico radica en partir de un concepto de derecho que condiciona por completo su punto de vista e incurre en contradicciones internas (Serna, 1997, pp. 249-314). Con la apertura al cognitivismo ético es evidente que se estrechan las relaciones entre derecho y moral hasta un punto en que se puede cuestionar la propia tesis de la separación. En las siguientes páginas examinaré esas relaciones tal y como se presentan en el positivismo hartiano para concluir que, pese a que se pueden formular críticas muy pertinentes, la objeción más determinante pasa por impugnar la propuesta conceptual de la que parte el positivismo y para ello es necesario indagar en las raíces de la juridicidad. En el último apartado de este trabajo desarrollaré las líneas maestras del planteamiento alternativo que me parece más fértil.

2. LA APERTURA DEL POSITIVISMO JURÍDICO AL COGNITIVISMO ÉTICO

La separación entre derecho y moral pretende identificar el derecho válido en una comunidad política sin que el juicio sobre su mayor o menor justicia comprometa su juridicidad. Para el positivismo jurídico esta distinción tiene la ventaja de ser clara y acorde con la percepción habitual de la gente a la hora de identificar el derecho (García Amado, 2012b, pp. 163-183 y 259-261). Sin duda es importante distinguir en una sociedad qué normas cabe identificar como jurídicas y también es cierto que ello depende del “cumplimiento de los requisitos formales y procedimentales puestos en el sistema y socialmente reconocidos como tales a partir de la vigencia general de dicho sistema” (García Amado, 2012b, p. 168). La claridad es todavía mayor cuando se elimina del debate jurídico cualquier consideración sobre la obediencia a las normas y se trata esta cuestión como un dato fáctico obviando las razones por las que se obedece⁵. Pero esta desatención a los contenidos materiales evidenció las limitaciones del positivismo jurídico

5. Kelsen (1994, p. 216): “La cuestión referente a los motivos del comportamiento lícito está fuera del propósito de un conocimiento dirigido solamente al contenido del orden jurídico”. Sobre el particular también García Amado (2003, p. 284).

para dar respuesta a las preocupaciones por la justicia y el respeto a la dignidad humana que se manifestaron tras la II Guerra Mundial. Como se ha afirmado con relación a Kelsen, el no cognitivismo ético resultaba de difícil digestión (Ollero, 2006, p. 918).

Por esta razón, la reforma del positivismo introducida por Hart (1962, p. 16) tiene indudable interés, ya que mantiene las ventajas de la tesis de la separación sin renunciar por ello al cognitivismo ético⁶. Además del argumento de la claridad y la proximidad a la manera habitual que tienen los ciudadanos de identificar el derecho, hay otras buenas razones en defensa de la tesis de la separación. Según Hart (1962, p. 10), la distinción nos será útil para orillar “el peligro de que el derecho y su autoridad puedan disolverse en la concepción que tiene el hombre del derecho que debe ser, y el peligro de que el derecho vigente pueda reemplazar a la moral como criterio final de conducta y escapar así a la crítica”. Con su planteamiento se abría paso una «tercera vía» para abordar el clásico problema de la validez de las leyes extremadamente injustas elaboradas en el marco de un sistema eficaz. Al encarar este problema, y antes de centrarse en refutar a Radbruch, Hart reivindica que en el seno del positivismo jurídico autores como Bentham y Austin admitieron abiertamente la posibilidad de la crítica moral del derecho sin que ello se tradujera en la pérdida de la condición jurídica de sus normas. Dicha crítica alcanzaba el punto decisivo de poder identificar un deber moral de retirar la obediencia a las leyes injustas. En opinión de Hart (1962, p. 45 y 1961, pp. 256-261), al margen de otros inconvenientes, la tesis de Radbruch “presupone en realidad una enorme sobrevaloración de la importancia del hecho desnudo de que se pueda decir de una regla que es

6. Según Hart, es útil identificar cinco —aunque, según él, puede haber más— significados de “positivismo”: 1) La pretensión de que las leyes son órdenes de seres humanos; 2) La pretensión de que no existe conexión necesaria entre derecho y moral; 3) La pretensión de que el análisis de los conceptos jurídicos es algo que vale la pena realizar y debe ser diferenciado de las indagaciones históricas y sociológicas sobre la relación entre el derecho y otros fenómenos sociales; 4) La pretensión de que un sistema jurídico es un “sistema lógicamente cerrado” en el que las decisiones jurídicas correctas pueden ser deducidas por medios lógicos de normas jurídicas predeterminadas; 5) La pretensión de que los juicios morales no pueden ser establecidos o defendidos, como lo son los juicios de hecho, por argumentos, pruebas o demostraciones racionales. Según Hart, “Bentham y Austin sostuvieron los puntos de vista descritos en 1, 2 y 3, pero no los descritos en 4 y 5. La opinión indicada en 4 es atribuida, a menudo, a los juristas analíticos, pero no conozco a ningún «analista» que la haya sostenido”. Como afirma Nino (1994, p. 19), “no todos los positivistas son escépticos en materia ética. Ciertamente no lo fueron Bentham y Austin, quienes estuvieron entre los fundadores del positivismo jurídico. Y autores contemporáneos, como Hart, Bobbio, Carrió, Raz, no defendieron posiciones escépticas en materia ética al exponer su posición positivista”.

una regla válida de derecho, como si esto, una vez declarado, suministrara una respuesta concluyente a la decisiva pregunta moral: «¿Debo obedecer esta regla de derecho?». Por supuesto que la respuesta verdaderamente liberal a cualquier uso siniestro del *slogan* «el derecho es el derecho» o de la distinción entre derecho y moral, es la siguiente: «Muy bien, pero esto no pone fin a la cuestión. El derecho no es la moral; no permitamos que la reemplace». Hart (1962, p. 49) piensa que negar juridicidad al derecho injusto oscurece la crítica moral y sostiene que es más adecuado no confundir ambos planos y afirmar, como los utilitaristas, que las leyes injustas son derecho, aunque sean “demasiado malas para ser obedecidas. Ésta es una condena moral que todos pueden entender, y que hace un llamado inmediato y obvio a la atención moral”. Además, afirmar, como hace Radbruch (1962, pp. 37-38)⁷, que las leyes insoportablemente injustas no son derecho sería una afirmación que muchos no creerían, por lo que concluye que “cuando disponemos de los amplios recursos del lenguaje claro, no debemos exponer la crítica moral de las instituciones como proposiciones de una filosofía discutible” (Hart, 1962, p. 49).

En definitiva, la conclusión a la que llega Hart es que la apertura del positivismo jurídico al cognitivismo ético no le obliga a romper con la tesis de la separación⁸. Ahora bien, ¿es posible que este rechazo a la tesis de la

7. “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría solucionarse bien en el sentido de que el derecho positivo estatuido y asegurado por el poder tiene preeminencia aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, bien en el de que el conflicto de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, como derecho injusto, deba ceder su lugar a la justicia. Es imposible trazar una línea más exacta entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas aún a pesar de su contenido injusto. Empero se puede efectuar otra delimitación con toda exactitud: *donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye la médula de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no solamente es derecho injusto sino que carece más bien de toda naturaleza jurídica*” (énfasis añadido).

8. Hart (1962, p. 59). El siguiente texto no puede ser más claro: “Supongamos ahora que aceptamos este rechazo de las teorías «no cognoscitivistas» de la moral y esta negación de la distinción drástica entre los juicios sobre lo que es y sobre lo que debe ser, y que sostenemos que los juicios morales son tan racionalmente defendibles como cualquier otra clase de juicios. ¿Qué se seguiría de esto en relación con la naturaleza de la conexión entre el derecho que es y el derecho que debe ser? Por cierto, que de esto solo nada. Las normas jurídicas, aunque fueran moralmente inicuas continuarían (en la medida en que este punto está en juego) siendo normas jurídicas. La única diferencia que traería aparejada la aceptación de este punto de vista acerca de la naturaleza de los juicios morales, sería que la iniquidad moral de tales normas es algo que puede ser demostrado”. En la misma línea, García Amado (2012b, p. 203) insiste en que el positivismo jurídico no compromete ni con el juicio moral sobre el derecho como tal y sobre sus contenidos; con el juicio político sobre la aplicación de las normas y la obediencia a las mismas; ni con el escepticismo o el relativismo moral, entre otras cosas. Alexy (2016, pp. 20-23) comenta los argumentos

obediencia no afecte a su deliberado propósito de identificar el derecho y, por consiguiente, de ofrecer un concepto de derecho al margen de cualquier referencia a la justicia o a la corrección material?

2.1. Desobediencia y regla de reconocimiento

Desde la perspectiva de un observador externo al sistema jurídico es posible identificar el derecho vigente en una comunidad política y argumentar sobre la existencia de deberes morales de obediencia o desobediencia que recaen sobre los participantes en dicho sistema. Esta perspectiva externa no compromete la tesis de la separación, como acertadamente observa Delgado Pinto (1996, pp. 439-440). La cuestión cobra un cariz distinto cuando se adopta la perspectiva de los participantes en el sistema jurídico cuyas normas requieren de ellos un determinado comportamiento, en particular de los jueces.

Orrego realiza una aguda crítica a la supuesta irrelevancia jurídica de esas razones morales para desobedecer cuando examina la obra de Hart. Este autor afirma que la apertura a la moral como instancia crítica desde la que decidir la obediencia no es compatible con la teoría de Hart sobre la regla de reconocimiento. Según Orrego, la tesis de Hart valdría para los ciudadanos, que podrían decidir si obedecen o no en función de las valoraciones morales que realicen en cada caso que se les presente. Pero la situación es diferente por lo que respecta a los jueces del sistema jurídico. La regla de reconocimiento, según Hart, es aquella pauta social que permite identificar una norma como perteneciente a un sistema jurídico. Se trata, pues, de un hecho social verificable. La práctica judicial efectiva —lo que los jueces reconocen como derecho— permite identificar la regla de reconocimiento de un determinado sistema jurídico. La crítica de Orrego (1997, p. 237) a Hart consiste en mostrar que “si los jueces constataran que X es derecho «válido» y luego dieran no-X como solución definitiva, sólo podríamos decir que el criterio último de reconocimiento aceptado en ese sistema no reconoce X

de Hart contra la fórmula de Radbruch, y afirma que “la aceptabilidad de la fórmula de Radbruch depende esencialmente de si es enjuiciada desde el punto de vista del observador o desde el punto de vista del participante”, y, sobre todo, y esto me parece lo más importante, “la polémica sobre si debe incorporarse o no un límite moral extremo al concepto de derecho no puede ser resuelta sobre la base de argumentos conceptuales (...). La decisión sólo puede basarse en razones normativas”. Para Alexy hay buenos argumentos en favor de la solución de Hart, pero también de la de Radbruch. Se trata de un conflicto entre el valor de la seguridad jurídica y el de la justicia.

como «válido»”. Esta situación viene dada porque para Hart la constatación de la validez no es concluyente con relación a la obediencia. Ahora bien, según Orrego (1997, pp. 237-238), esta es una tesis moral, no descriptiva: “la doctrina moral de que los jueces deben someter las exigencias del sistema «a un examen moral» antes de decidir si las aplicarán o no, no es una doctrina descriptiva del derecho positivo —Hart no pretende que lo sea—, sino una doctrina que impera cómo debe ser la regla de reconocimiento; es decir, que impera qué deben reconocer los jueces como derecho en definitiva. Y lo que impera es que el último criterio de reconocimiento usado por los jueces al aplicar el derecho sea ese examen moral”. La conclusión que extrae Orrego es que la solución de Hart, que le parece aceptable, no es diversa de la de Radbruch: “No hay diferencia entre decir que los jueces deben someter las reglas a un examen moral, no importa cuán «válidas» sean según algún criterio distinto de su propia práctica judicial (...) y decir que «todo abogado y juez *debería* denunciar las leyes que transgredieran los principios fundamentales no como meramente inmorales o erróneas, sino como no revestidas de carácter jurídico (...)»” (1997, p. 238).

Ciertamente, si se generalizara una práctica judicial en la que los jueces desobedecieran aquellas normas jurídicas que consideran claramente injustas, se estaría ante una práctica, un hecho social, que altera la regla de reconocimiento y se traduce en que las normas sistemáticamente desobedecidas carecerían de validez jurídica. Sin embargo, el positivismo hartiano puede seguir sosteniendo que una situación así no afecta a la tesis conceptual de la separación. Si los jueces actúan de tal forma, se constataría que se produce una conexión entre razones morales y validez jurídica, pero dicha conexión, que incluso se puede valorar favorablemente y abogar por ella en el marco de un discurso moral, sigue siendo una conexión contingente que no afecta conceptualmente a la separación entre derecho y moral. Se trataría de un caso muy parecido al que plantea el llamado positivismo “incluyente” que también hunde sus raíces en la obra de Hart (Etcheverry y Serna, 2010, Etcheverry, 2010, y Escudero Alday, 2004). En el caso de esta corriente del positivismo la validez puede depender de la incorporación al sistema jurídico de exigencias morales, pero la separación conceptual se mantiene por el hecho de que se trata de una conexión contingente. Ahí radica la diferencia con la tesis de Radbruch, ya que este autor sostiene que la injusticia extrema no es derecho, y ello con independencia de cuál sea la práctica judicial en relación con las normas injustas. Se trata, pues, de una tesis conceptual sobre el derecho. En cambio, desde las premisas de Hart se puede instar a que los jueces desobedezcan las leyes extremadamente injustas sin que ello afecte a la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral. Si la desobediencia no se impusiera entre los jueces, tales normas

injustas no perderían validez jurídica, pero en el caso de que dicha práctica sí se impusiera tampoco afectaría a la tesis de la separación, puesto que se constataría un hecho social que, al margen de la valoración que se haga del mismo, sigue siendo contingente.

2.2. La irrelevancia jurídica de las razones para la obediencia al derecho

La pregunta planteada es si tiene razón el positivismo cuando considera que las razones para la obediencia o desobediencia no afectan a la validez de una norma y son, en consecuencia, jurídicamente irrelevantes. Todo lo que se califica como jurídicamente relevante afecta de alguna manera al derecho, pero no todo lo que afecta al derecho se confunde con él. Así, por ejemplo, en la práctica jurídica puede ser necesario contar con conocimientos y técnicas contables sin que la contabilidad se confunda con el derecho. Y podemos pensar en otros muchos casos cuya resolución requiera conocimientos y normas técnicas especializadas para la interpretación y aplicación de normas jurídicas. El problema se plantea porque el positivismo jurídico pretende situar las consideraciones morales sobre la obediencia a las normas como otra realidad más que, pese a tener relevancia jurídica por afectar al derecho, no se confunde con él. Ahora bien, ¿no existe una diferencia cualitativa entre las consideraciones técnicas que deban tenerse en cuenta a la hora de interpretar y aplicar una norma jurídica y el juicio sobre la justicia o corrección de una norma que determina la obediencia? Cuando se examinan las normas aplicables a un caso concreto pueden entrar en juego consideraciones muy diversas que requieren conocimientos ajenos al derecho, pero no hay que olvidar que en última instancia hay una valoración final de la norma en términos de utilidad práctica y/o de justicia material. Esas consideraciones finales, que se caracterizan por constituir un juicio sintético sobre la/s norma/s, determinan la actitud del destinatario y no son jurídicamente relevantes de la misma manera en que son necesarios, por ejemplo, conocimientos de economía o fontanería. En muchas ocasiones los ciudadanos están habituados a cumplir las normas por entender que la obediencia a las mismas es la única forma civilizada y correcta de vivir, pero esto no significa que la valoración final respecto a la utilidad y corrección en términos de justicia de las normas esté ausente. Al contrario, en la medida en que las normas jurídicas aspiran a orientar eficazmente el comportamiento de los seres humanos, al gozar estos de libertad en el curso de su acción, la justificación de las mismas se convierte en un elemento estructural de las mismas, tal y como ha mostrado Cotta (1987, pp. 20-21). Y dicha justificación ya no puede ser meramente formal

cuando se admite un cognitivismo ético que puede llegar a justificar la desobediencia a la/s norma/s, aunque se pretenda hacer la salvedad de que esa desobediencia se debe a razones morales y no jurídicas. Con otras palabras, hay que distinguir entre aquello que es relevante para el derecho porque condiciona la adecuada práctica del mismo sin confundirse con él, y aquello que es jurídicamente relevante por estar intrínsecamente ligado al núcleo de la juridicidad. Hecha esta distinción, en la medida en que las razones para decidir sobre la obediencia a la norma jurídica son un elemento estructural de la propia norma, tales razones tienen relevancia jurídica en un sentido fuerte y marcan una conexión necesaria entre el derecho y la moral.

Sin embargo, el positivismo jurídico hartiano podría hacer frente a esta objeción. Para ello debe admitir que las razones morales sobre la obediencia a las normas son cualitativamente distintas a consideraciones de otro tipo, pero que dicha importancia no afecta a la tesis de la separación: el razonamiento moral, pese a que siempre esté presente, no impide seguir identificando el derecho como un fenómeno social, al margen de las razones que quepa esgrimir para la obediencia al mismo. Autores como Raz (1984, pp. 123-131), Nino (1994, pp. 43-83) o Bayón (1996, p. 328) ponen de relieve que las razones de la obediencia al deber jurídico son en último término razones morales, lo cual implicaría una “conexión justificatoria” entre derecho y moral⁹. Ahora bien, como afirma Susana Blanco (2003, p.184) refiriéndose a Nino, “[r]econocer esto [las conexiones justificatorias e interpretativas entre Derecho y Moral] es tanto como admitir la inoperatividad práctica del Derecho si se lo desvincula de la moral”. Que el positivismo considere que esa conexión no se realiza en el terreno conceptual pone de

9. Bayón (1996, p. 328) lo explica con claridad. Según él, una norma —como juicio de deber— se puede aceptar en virtud de su contenido. Si ello es así, quien la acepte considerará irrelevante a efectos de su justificación que dicha norma pertenezca al sistema jurídico. Esta posición se movería en todo momento en el terreno moral. Ahora bien, es posible que el deber se justifique apelando a que la norma forma parte del Derecho vigente. En este caso tendrá que haber razones de algún tipo que justifiquen el criterio según el cual se debe actuar según lo que prescribe el derecho vigente. Y tales razones son, en opinión de Bayón, morales: “Esas razones últimas no pueden ser calificadas a su vez como jurídicas, sino que han de ser, ellas sí, aceptadas en virtud de su contenido; ni pueden ser razones prudenciales del sujeto que desarrolla el razonamiento, puesto que entonces éste no sería apto para justificar decisiones que se imponen a otros, sean cuales fueren sus intereses. Así que me parece imponerse la conclusión de que, en definitiva, no pueden ser sino *morales* (al menos mientras mantengamos la convención de llamar «morales» precisamente a las razones últimas —sean las que fueren— que un sujeto acepta en virtud de su contenido y como razones dominantes sobre intereses de cualquiera)”.

relieve su faz voluntarista, pues no se renuncia a un determinado concepto de derecho, pese a dar cuenta de una realidad que exigiría ampliarlo¹⁰.

2.3. *La obligatoriedad de las normas y la tesis de las fuentes sociales ante el cognitivismo ético*

Pese a su estrecha vinculación, no hay que confundir el problema de la obligatoriedad de las normas con el de la obediencia a las mismas (Cotta, 1987a, p. 24). La obligatoriedad de las normas o la normatividad del derecho se centra en la propia norma y en las razones que cabe ofrecer sobre aquello que prescribe como “debido” más que en la actitud que con relación a ella observe el destinatario. Se trata de cuestiones muy próximas, pero distintas por la diferencia en la perspectiva de análisis. Como se ha visto, el positivismo cognitivista admite la posibilidad de esgrimir razones morales para justificar la desobediencia a las normas. ¿Podría admitir también que la obligatoriedad de una norma depende de razones morales y mantener intacta la tesis coactiva o de las fuentes sociales?

La tesis de las fuentes sociales supone identificar el derecho a través de consideraciones de índole empírica, de ahí que se pueda afirmar que una cosa es dar cuenta de la existencia del derecho y otra es la valoración de lo que prescribe en términos de corrección material. Esta identificación de lo jurídico exclusivamente a partir de su vigencia social junto al hecho incuestionable de que el derecho demanda el cumplimiento de sus prescripciones hace de la obligatoriedad de las normas un problema complejo para el positivismo jurídico (Delgado Pinto, 1996, p. 426), ya que la pregunta relativa a la obligatoriedad inquiriere por las razones de un “deber ser”. En el caso de la teoría pura de Kelsen la validez de una norma presupone su obligatoriedad, lo cual significa que su incumplimiento deberá dar lugar a una sanción; y, a su vez, la validez depende de que la norma haya sido elaborada de acuerdo con lo establecido por otras normas en el marco de un sistema jurídico cuya existencia depende de su eficacia. Se trata de un sistema de delegación que concluye en la llamada “norma fundamental” que, como observa Cotta (1987a, pp. 37-39), puede ser presupuesta, pero no fundamentada (Kelsen, 1981, pp. 19 y 217). Por tanto, a la pregunta de por qué razón una norma es obligatoria se responde con reenvíos que finalmente quedan sin respuesta.

10. Bayón (1996, p. 329): “Todo lo cual no impide en modo alguno diferenciar del modo más claro entre el derecho que es y el que debería ser, ni entre lo jurídicamente «debido» (y aquí el entrecomillado indica un sentido *descriptivo*) y lo debido moralmente. Que, después de todo, son las pretensiones irrenunciables de una concepción iuspositivista”.

En el caso de Hart, la cuestión de la obligatoriedad jurídica también resulta desligada de cualquier razonamiento moral, salvo que este resulte “juridificado” como consecuencia de su incorporación como criterio de validez jurídica. La identificación del derecho por referencia a la tesis de las fuentes sociales es destacada por Hart (2000, p. 51) al afirmar que “de acuerdo con mi teoría, la existencia y contenido del derecho puede ser identificado por referencia a las fuentes sociales del derecho (e.g., legislación, resoluciones judiciales, costumbre social), sin recurrir a la moral, excepto donde el derecho, así identificado, haya incorporado criterios morales para la identificación del derecho”¹¹. El derecho se identifica como una práctica social compleja, y los criterios de validez de las normas jurídicas que emanan de dicha práctica se hallan en última instancia en la regla de reconocimiento que es aceptada como obligatoria. Como observa Delgado Pinto (1996, pp. 433-434), “comprobada empíricamente tal práctica social, Hart considera innecesario apelar a ninguna norma superior, por lo que cree que la norma fundamental de que habla Kelsen es una duplicación innecesaria. Tampoco cree preciso que la regla de reconocimiento sea aceptada por ninguna razón determinada: puede serlo por diversas razones, y en particular no es preciso que se la acepte por ninguna razón moral”. Por consiguiente, para Hart (2000, p. 50) una norma jurídica válida es obligatoria con independencia de su valor moral: “es falso que enunciados de derechos y obligaciones jurídicas puedan tener sentido en el mundo real únicamente si hay algún fundamento moral para afirmar su existencia”.

Este planteamiento le impide dar una razón fuerte de por qué una conducta resulta obligatoria o es debida como tal, ya que la existencia de la práctica social aceptada es un dato sociológico que se desarrolla en el terreno del “ser”. Aunque Hart no adopta la ficción de la norma fundamental kelseniana y presenta su regla de reconocimiento como una práctica social efectiva, coincido con Delgado Pinto (1996, p. 438) en que “Hart no puede explicar cómo es posible pasar lógicamente de cierta práctica social efectiva a una norma obligatoria sin partir de un juicio normativo previo. Por tanto, si queremos evitar la falta en que incurre el pensamiento de Hart, es decir, si queremos culminar el proceso de fundamentación en una norma, y consideramos que esta norma no puede ser una simple ficción, dicha norma ya no puede ser una norma jurídica sino una norma moral,

11. La referencia a la incorporación de criterios morales que aparece en esta cita, y que es la base del llamado positivismo incluyente, no altera que la identificación del derecho dependa de un elemento autoritativo, al margen de que los positivistas insisten en que dicha incorporación de criterios morales para la determinación de la validez es contingente y no altera la separación conceptual entre derecho y moral.

no puede tratarse de una razón o norma dentro del Derecho, sino de una razón o norma moral relativa al Derecho”.

La aceptación del cognitivismo ético permite a Hart sostener que podría haber razones morales para desobedecer el Derecho injusto, pero tales razones no harían perder a una norma su condición de norma jurídica y, en consecuencia, su carácter obligatorio, quizá porque aceptar esto desdibujaría el positivismo jurídico hasta hacerlo irreconocible (González Vicén, 1979, pp. 128-140)¹². Sin embargo, no es tan sencillo aceptar el cognitivismo ético sin que ello repercuta en la obligatoriedad jurídica de las normas. La pregunta por la obligatoriedad plantea la cuestión de cuáles son las razones que convierten lo prescrito por la norma jurídica en algo “debido”, es decir, en un problema práctico que requiere todas las razones aptas para convencer. Desde los parámetros del positivismo jurídico la respuesta inmediata será que la norma en cuestión es válida, no dependiendo la validez de un razonamiento moral (salvo —según la tesis de Hart y del positivismo incluyente—, que dichas razones morales hayan sido incorporadas como criterio de validez por el Derecho a través de la regla de reconocimiento). Esa respuesta no impide seguir exigiendo razones adicionales para entender por qué la conducta prescrita en la norma jurídica válida es “debida”. El positivismo no cognitivista no cree posible hallar razones científicamente admisibles capaces de ofrecer una respuesta y por consiguiente su planteamiento es, como observa Delgado Pinto al referirse a Kelsen, coherente pero insatisfactorio. Ahora bien, si se admite el cognitivismo ético, el positivismo podrá seguir sosteniendo que el fundamento inmediato de la obligatoriedad es la validez de la norma, y, si se quiere, desligar esta afirmación de referencias morales; pero obviamente tendrá que aceptar que el fundamento último se halla en esas razones adicionales que proporciona la moral, y que pueden conducir al destinatario de una norma a desobedecer.

Si se admite el cognitivismo ético y se llega a la conclusión de que una norma es injusta, ¿puede decirse que la norma pierde fuerza obligatoria o acaso debería afirmarse que no pierde fuerza obligatoria desde una perspectiva jurídica, aunque sí la pierde desde una perspectiva moral? La segunda opción parece más acorde con la estricta separación entre derecho y moral; pero desde el momento en que Hart admite que puede haber razones para desobedecer una norma jurídica injusta por razones morales tiene que

12. En las consideraciones críticas al positivismo jurídico que realiza González Vicén se destaca cómo el positivismo jurídico no puede ser conocimiento de los contenidos jurídicos, variables y condicionados, sino de su forma, es decir, de aquello que les presta su calidad de jurídico. Y es precisamente esta limitación del positivismo la que le inhabilita frente al problema de la normatividad del Derecho.

admitir que ello es así porque la norma pierde fuerza obligatoria en tanto que norma jurídica que prescribe algo como “debido”, porque de lo contrario ¿qué razón podría esgrimir para justificar la desobediencia? Con otras palabras, resulta extraño admitir la existencia de razones morales que justifican la desobediencia a una norma injusta y pretender que ello no afecta a la obligatoriedad de la norma en cuestión¹³. El positivismo hartiano podrá afirmar que esa merma de fuerza obligatoria siempre se circunscribe a las razones morales que justifican su contenido y no afectan a su juridicidad, es decir, se sigue estando ante una norma jurídica válida y como tal existe una razón inmediata —aunque no una razón última— que la convierte en obligatoria. Pero afirmar que una norma obliga jurídicamente es tanto como decir que hay razones para adecuar el comportamiento a lo que ella prescribe. Si las razones morales llevan a contravenir la norma habrá que admitir que los defectos morales tienen consecuencias prácticas con relación a una norma que es jurídicamente obligatoria, y ello permitiría sostener la existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral. Por el camino de la obligatoriedad se llega al mismo punto que cuando se examina la cuestión desde la perspectiva de la obediencia. Y, por consiguiente, también en este punto el positivismo jurídico sólo puede salvar la tesis de la separación a través de la afirmación contraintuitiva de negar que los defectos morales afecten a la obligatoriedad jurídica de la norma jurídica, pese a que conduzcan en determinados casos a la desobediencia.

3. EL CONCEPTO POSITIVISTA DE DERECHO: CRÍTICA Y LÍNEAS MAESTRAS DE UN PLANTEAMIENTO ALTERNATIVO

Desde el momento en que el positivismo jurídico se abre al cognitivismo ético, no renuncia a entrar en el debate sobre la obediencia a las normas jurídicas, e incluso admite que se puedan desobedecer normas jurídicas por razones morales, la conexión entre derecho y moral no puede ser más evidente. Autores positivistas como Kramer afirman con rotundi-

13. En mi opinión, esta idea también se ve reflejada en el planteamiento de Finnis (2000, pp. 341-346). Pereira Sáez (2008, p. 217) ofrece una interpretación de la posición de Finnis en este punto muy clarificadora: “la obligación jurídica intra-sistemática es «obligación» sólo en el sentido secundario: un sentido que en realidad se limita a su condición de ley jurídicamente válida, pero que no afirma nada sobre su obligatoriedad. El sentido focal y el caso central del derecho es el del derecho justo, que da lugar a la obligación jurídico-moral; sólo en este sentido la expresión «obligación de obedecer la ley» afirma de manera relevante algo no sobre su validez, sino sobre su obligatoriedad”.

dad que “el derecho es, en efecto, inherentemente moral” (2019, p. 23), sin que esta circunstancia le conduzca a abandonar la tesis de la separación, porque dicha conexión, en su opinión, no aboca a que el derecho tenga que reproducir o satisfacer ciertas demandas de la moralidad, aunque ello se produzca con frecuencia. Se llega así a la conclusión de que problemas sobre los que habitualmente se ocupan los juristas pasan a ser considerados problemas morales¹⁴.

La tesis de la separación es una tesis conceptual sobre el derecho, como observa con toda claridad Orrego en referencia a Hart: “las tesis particulares sobre la naturaleza del derecho dependen de una preconcepción sobre el lugar de la moral en la noción de derecho y en la teoría jurídica —no al revés: ninguna refutación de una teoría particular iuspositivista puede refutar el iuspositivismo en general” (Orrego, 1997, p. 36). En efecto, el positivismo parte de una concepción estipulativa sobre el derecho que lo identifica con la idea de sistema normativo y lo desvincula conceptualmente de la moral. En *El concepto de Derecho* Hart advierte desde el comienzo que su propósito es hacer avanzar la teoría jurídica a través de una mejor comprensión de las “ semejanzas y diferencias entre el derecho, la coerción y la moral, como tipos de fenómenos sociales” (Hart, 1961, p. 21)¹⁵. Ese propósito no pasa desapercibido a Raz (2007a, p. 49), quien cita expresamente este pasaje de Hart, y en quien también se observa el punto de partida estipulativo característico del positivismo jurídico, al concebir el derecho como un sistema normativo (Raz, 2007b, p. 114)¹⁶.

La crisis del positivismo jurídico abrió el debate sobre si la justicia o corrección material forma parte necesariamente del concepto de derecho, pero responder a esta pregunta exige hacer filosofía del derecho más allá de los estrechos límites del positivismo (Ballesteros, 1986, pp. 56-59). Como

14. Esta conclusión es observada, no sin cierta ironía, por Ollero (2012a, p. 16): “Si todo lo que no ha sido *puesto* por quien corresponda ha de ser considerado como moral, el positivismo puede acabar generando un inesperado efecto colateral: convertir a los juristas en moralistas de tomo y lomo. El resultado será que elementos obviamente jurídicos, aunque aún no positivados, se vean travestidos como morales cuando se insertan en ese *proceso de positivación* que la ahistoricidad del positivismo tiende a ignorar. Como no por ello van a dejar de estar realmente presentes en el derecho, habrá que admitir dentro de la dinámica jurídica un generoso ámbito de discrecionalidad que paradójicamente se resolvería gracias a juicios morales”.

15. De Páramo (1984, p. 16) destaca cómo Hart intenta clarificar la naturaleza y estructura del ordenamiento jurídico como parte del esfuerzo característico del análisis lingüístico en el que se embarca la llamada “Escuela de Oxford”. La mejor comprensión del Derecho a la que aspira Hart en ningún caso cuestiona el Derecho como un fenómeno normativo y esencialmente lingüístico.

16. Sobre el particular se ha ocupado rigurosamente Seoane (2005).

observa Serna (2007, p. 11), la influencia del positivismo ha dado lugar a una “dogmática filosófica” que, entre otras cosas, ha desatendido la justificación del punto de partida de la actividad filosófica. La cuestión es si se está dispuesto a hacer una filosofía del derecho auténticamente filosófica (Alexy, 2003, pp. 151-152)¹⁷. Si entendemos que la filosofía es una actividad que sitúa entre sus rasgos característicos el de indagar en la realidad hasta comprenderla en sus causas más íntimas, profundas o radicales (Ortega, 2008, pp. 269-277), el planteamiento del positivismo jurídico —y de cualquiera que renuncie a embarcarse en la comprensión radical del fenómeno jurídico— yerra por el dogmatismo de su punto de partida, por renunciar de entrada a comprender qué es el derecho. Serna (2014, pp. 207-208) destaca muy acertadamente, no sólo la importancia del punto de partida en el quehacer filosófico, sino la necesidad de superar el mero descriptivismo y la epistemología característica del positivismo¹⁸. Ese dogmatismo basado en la mentalidad cientifista es claramente visible en Kelsen (Serna, 1997, p. 295) y supone la renuncia expresa al quehacer filosófico en favor de lo que se considera una teoría científica del derecho. Pero también es posible, según Serna, un concepto positivista del derecho que ofrezca razones en su apoyo. A su juicio, esto es lo que sucede con Hobbes, ya que la delimitación de lo jurídico que realiza el autor inglés responde a una tesis sobre la naturaleza humana de raíz empírica, y como tal tesis puede ser objeto de debate. Pues bien, cabría preguntarse si las razones que ofrecen Hart o autores contemporáneos como García Amado en defensa de la tesis de la separación pueden justificar el concepto positivista de derecho.

El positivismo debe dar razón de su concepto de derecho o incurriría en arbitrariedad (Serna, 2011). Como se apuntó en su momento, Hart entiende que hay buenas razones para construir un concepto de derecho separado de la moral. Según él, la tesis de la separación es una solución más clara y acorde con la percepción habitual de la gente sobre la forma de identificar el derecho. En esta misma línea, García Amado (2012b, p. 262) critica lo que denomina “iusmoralismos”, y en concreto a Alexy,

17. La consideración de Alexy sobre el «ideal comprensivo» y el «máximo restrictivo» pone de relieve que se puede optar por una filosofía del derecho sin filosofía —aunque ello paradójicamente ya implique una filosofía, aunque sea por vía de negarla—.

18. El siguiente texto de Serna es especialmente significativo: “la realidad del derecho, *lo que el derecho es*, no se determina únicamente por *aquello en lo que el derecho consiste*, sino por su finalidad y por el reflejo de ella en su estructura. La perspectiva teleológica permite entender mejor las determinaciones concretas de lo jurídico. Pero hablar de finalidad supone referir el derecho a la vida social y, en último extremo, a la existencia humana. La comprensión de lo jurídico sólo es posible, pues, desde la totalidad de *sentido* que proporciona este punto de vista global”.

precisamente por su forma de construir el concepto de derecho a partir de la “tesis de la vinculación”¹⁹. García Amado (2012b, p. 261) afirma que la definición que se haga de un concepto debe ser “útil”, y sólo lo será si cuando menos no contraviene el uso lingüístico común. Por eso se pregunta: “Si en una sociedad dada se considera que derecho son las normas que presentan ciertos atributos formales y entre las propiedades que en esa sociedad se ligan al concepto de derecho no está la de que sus normas sean conformes con la moral, ¿debe seguir en esa sociedad definiéndose derecho «de manera tal que contenga elementos morales?»”. Por otra parte, según García Amado (2012b, p. 255), “conexión conceptual necesaria quiere decir que no puede pensarse una cosa si no es unida a la otra”. Por consiguiente, aunque se reconozcan las conexiones justificatorias e interpretativas entre derecho y moral y ello equivalga a admitir la inoperatividad práctica del derecho si se lo desvincula del razonamiento moral, ello no conduciría a admitir la existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral. Hay un punto de su argumentación que considero particularmente importante. García Amado observa que si hubiera una conexión conceptual necesaria entre derecho y moral no podríamos decir que “el sistema jurídico S es un mal sistema jurídico, por inmoral”. Para sustentar esta afirmación establece una analogía con el concepto de “consejo”, de tal forma que si existiera una conexión necesaria entre “consejo” y “acierto”, los consejos desacertados no serían propiamente “consejos”, aunque tuvieran la apariencia de tales. Y añade lo siguiente refiriéndose a la conexión entre derecho y moral (García Amado, 2012b, p. 258): “Al mantener que se da aquella conexión conceptual necesaria entre el derecho que es y el derecho que debe ser se habla de modo figurado y sólo tiene sentido pleno la expresión si agregamos lo siguiente: el derecho que debe ser se determina con arreglo a la moral. *Por tanto, la diferencia decisiva no es entre el derecho en su estado actual y el derecho mismo en un estado ideal debido, sino entre el derecho que hay ahora y la moral. Es un parámetro exterior al derecho el que determina si el derecho que es es o no derecho. La conexión, entonces, no es conceptual, sino normativa*”²⁰. Desde planteamientos no positivistas, como el de Alexy, la réplica consistiría, en primer lugar, en desmontar la conexión entre “consejo” y “acierto”. Un consejo no siempre es acertado, pero podría

19. “Lo que Alexy y los iusmoralistas en general persiguen es que los tribunales de derecho no apliquen ciertas normas, aunque sean derecho positivo, y sí apliquen otras, aunque no lo sean. Para ello dicen que no son jurídicas las normas «jurídicas» que contravengan la moral y que sí son jurídicas, aunque no estén como derecho positivadas, otras normas que son antes que nada morales”.

20. Énfasis añadido.

decirse que hay una pretensión de que lo sea. Quien presenta como consejo un afán deliberado de confundir no está aconsejando. Por consiguiente, la conexión necesaria se produciría entre “consejo” y “pretensión de ayudar” al aconsejado. Con relación al derecho, desde la perspectiva de Alexy (2000, pp. 217-249), este formula necesariamente una pretensión de corrección que conduce a establecer una conexión necesaria entre derecho y moral. Ello no impide que puedan existir normas injustas, pero sí traza una frontera externa para rechazar la juridicidad en aquellos casos de injusticia extrema en los que no está presente la pretensión de corrección. Y hay que decir que dicha pretensión de corrección —que Alexy vincula a la moral o corrección material— no es un parámetro exterior al derecho, pues insiste en que “la pretensión de corrección sustancial —que es primero y principalmente, una pretensión de justicia— no desaparece una vez que el derecho se ha institucionalizado, ésta *vive en el derecho*” (Alexy, 2013, p. 21).

La crítica al concepto de derecho del positivismo, tal y como se presenta en Hart o en García Amado, puede seguir una línea argumentativa distinta a la de Alexy. El planteamiento de estos autores parte de identificar el derecho con las normas que son tenidas jurídicamente por válidas en una determinada sociedad. En apoyo de este concepto se esgrime que no hay que confundir el derecho que “es” con el que según determinadas concepciones morales “debería ser”, y que cualquier crítica que se haga desde la perspectiva del “deber ser” es una crítica moral que conviene presentar como tal para que no se confunda con el derecho. Todo lo que sea negar la condición de derecho a lo que la gente suele identificar como tal sería, como afirma García Amado, jugar con los conceptos.

Un concepto es una herramienta intelectual y, por consiguiente, hay que coincidir con García Amado en que debe ser útil. También es cierto que difícilmente puede ser útil un concepto que se aleje del uso habitual que se hace del mismo. Sentado lo anterior, el concepto es un instrumento a través del cual aspiramos a aprehender la realidad, como acertadamente destaca Julián Marías (1967, p. 210). Esto significa que la utilidad y claridad que provea un concepto nunca debería lograrse a costa de distorsionar la realidad que se pretende aprehender conceptualmente. Socialmente se suele identificar el derecho con aquellas normas elaboradas por determinados órganos siguiendo los procedimientos establecidos a tal efecto. También hay que admitir que las normas jurídicas no dejan de ser válidas por razón de su mayor o menor justicia o corrección material. Dicho esto, no es menos cierto que no se es socialmente indiferente a la injusticia de una norma jurídica. ¿Por qué razón debe entenderse que la injusticia de una norma es un problema moral y no propiamente jurídico? Se da por sentado que las cuestiones relativas a la justicia son cuestiones morales, pero esto exige

una justificación que el positivismo no parece estar dispuesto a dar. García Amado (2012b, pp. 163, 165 y 166) sostiene que “el positivismo pretende antes que nada fijar el nombre de una cosa, nombrar antes que calificar en términos morales, políticos, económicos”. Poco más adelante señala que “socialmente se reconoce cuándo nos encontramos ante una norma que es jurídica, que es derecho”, y “para el positivismo las normas jurídicas lo son por cumplir esas condiciones puestas por el propio sistema, y no dejan de serlo o lo son meramente por razón de su mérito moral o de cualquier otro tipo”. Como se ve, queda perfectamente establecido *ab initio* que las valoraciones en términos de justicia son valoraciones morales, y que el fundamento de esta propuesta conceptual radica en aceptar “sin misterios” lo que es tenido socialmente por derecho. Sin embargo, es un “misterio” por qué razón se considera desde el principio que la injusticia es un problema moral y no jurídico. El dogmatismo positivista se hace patente en este punto.

Ahora bien, ¿cuál es la alternativa? ¿Acaso afirmar que no es derecho aquello que es socialmente tenido por tal? A mi juicio, la crítica al concepto de derecho positivista debe provenir de un planteamiento alternativo que sea capaz de captar la realidad jurídica en todas sus dimensiones y que, además, sea claro y coherente con lo que socialmente es tenido por derecho. La exigencia de utilidad y claridad es absolutamente pertinente a cualquier intento teórico que pretenda dar razón de la juridicidad, pero la utilidad siempre debe aparecer subordinada al respeto por lo real.

Como destaca Serna en su perspectiva hermenéutica de aproximación al concepto de derecho (Serna, 2014, p. 209), y también admite Alexy (2003, p. 149), el punto de partida para abordar este problema entraña cierto grado de “circularidad”, ya que para indagar sobre el sentido del derecho hay que tener cierta idea de lo que pueda ser²¹. Admitiendo que el derecho se presenta habitualmente como un conjunto de normas que pretenden regular eficazmente la conducta humana recurriendo para ello a la coacción, cabe preguntarse si el derecho es primariamente una realidad normativa. La constatación de que existen normas jurídicas y normas morales, al margen de que exige indagar sobre sus criterios de distinción, pone de relieve una realidad elemental que no debe pasar desapercibida: la conducta del ser humano es susceptible de ser normada. Como observa Cotta (1987a, pp. 20-21), “en el orden lógico, parece evidente que la norma, en cuanto establece un *deber ser*, prescribe que acontezca (esto es, que se haga, que no sea haga o que deje de hacerse) algo que de otro modo podría no acontecer. Esto encuentra una

21. Como en su día destacó Heidegger (2002, pp. 176-177), lo decisivo no es salir del círculo, sino entrar en él en forma correcta.

explicación en el plano ontológico porque el deber ser se refiere a un ente, el hombre, que no es estáticamente definitivo y completo, sino que actúa y se desarrolla, sin que ese desarrollo esté deterministamente necesitado, sino abierto a más posibilidades. Fuera de este horizonte ontológico, el deber ser carece de sentido”²². Dado que la norma realiza una opción entre varias acciones posibles, resulta inexcusable dar razón de ello, es decir, justificar la norma en cuestión, y es dicha justificación la que convierte en obligatoria la norma para el destinatario²³. Pero la indagación de Cotta es más radical, porque el hecho de que el hombre esté abierto a más posibilidades no justifica “per se” la normatividad. ¿Por qué no otorgar libertad para realizar las más diversas acciones como, por ejemplo, plantearían las teorías vitalistas que abogan por reducir el deber ser al ser? Cotta (1987a, p. 27) se dirige al fondo del problema y lo plantea con toda radicalidad: “También respecto a la posibilidad del discurso ético y jurídico nos obliga la duda metódica a plantear una vez más la pregunta radical: ¿por qué la ética mejor que su ausencia?”. Y la respuesta no puede ser sino radical en el sentido de que sólo admite ser satisfecha desde una ontología del ser humano²⁴. Según Cotta (1987a, p. 28), la exigencia del deber ser, esto es, de obrar conforme a normas deriva y se impone porque el ser humano “no es una autocreación ni está aislado ni es autosuficiente, sino que es un coexistente. El ser de nuestro

22. A ello añade Cotta la siguiente reflexión: “Del hecho que el deber ser no coincida con el ser (y, por lo tanto, puede resultar incompleto), se desprende lógicamente que la norma es siempre infringible. Pero cabe decir, a nuestro juicio, algo mucho más incisivo, a saber, que el *deber ser* es el *trascendental* (en el sentido kantiano) de la *transgresión*; es decir, es la condición de pensabilidad del concepto de transgresión y es también la condición de posibilidad de la transgresión en *cuanto tal*”.

23. La justificación no puede impedir materialmente que se produzca la transgresión de la norma, pero el significado teórico de la justificación consiste en demostrar la no recusabilidad por principio de la norma y el reconducir el problema a una discusión racional: “A través de la justificación se plantea el tema de la aceptación de la norma en el terreno del diálogo racional: un diálogo no erístico sino de verdad. En efecto, si la norma ha sido justificada, para rechazar su obligatoriedad será preciso refutar las razones abonadas en su favor apoyándose en razones más sólidas, es decir, más profundamente verdaderas; y mientras esa refutación no se haga, la justificación de la norma, en la que se fundamenta su obligatoriedad, hará que la transgresión sea considerada, incluso por quien la comete, como un acto no indiferente ni, por supuesto, lícito, sino ilícito, si bien materialmente posible” (Cotta, 1987a, p. 25).

24. Este punto es extraordinariamente importante. En este trabajo y en toda su obra (en especial, Cotta, 1987b), este autor investiga al ser humano desde una perspectiva ontológica y en el marco de este estudio da razón de la juridicidad. Sin embargo, no se observa en su obra un posicionamiento metafísico claro respecto al conjunto de la realidad. A diferencia de Cotta, la indagación con relación al ser humano que lleva a cabo Julián Marías (1970, p. 70) siguiendo los fundamentos filosóficos que comparte con Ortega le lleva a descubrir al “hombre” —realidad radicada— en la realidad radical que es “mi vida”.

existir (*das Sein des Dasein*, para expresarnos con palabras de Heidegger) es un co-existir (...). El discurso ético sólo tiene sentido dentro de un horizonte ontológico delimitado por la insuficiencia-indigencia del existente y por su coexistencialidad. Se determina así el fundamento ontológico de la necesidad existencial del deber ser (de la normatividad moral y jurídica) y, por tanto, el fundamento del discurso ético en general, cualesquiera que sean sus contenidos”.

Ollero converge con este planteamiento y sitúa la ética como “la dimensión deóntica de una filosófica concepción antropológica, que nos señala qué es el hombre y, por tanto, al margen de toda falacia naturalista, cómo debe jurídica o moralmente comportarse” (2012b, p. 118). Por consiguiente, derecho y moral no son primariamente dos tipos de normas, sino dos dimensiones del obrar práctico del ser humano que se diferencian por su respectiva finalidad. La finalidad de la moral tiene como objetivo “el logro de la *máxima perfección ética individual*. Obviamente sería una determinada concepción antropológica la que llevaría a asumir uno u otro código moral, en relación a lo que se considere que perfecciona de modo más excelso al ser humano” (Ollero, 2012a, p.22). Por su parte, “el derecho se orientaría a posibilitar una pacífica y ordenada *convivencia*, que dejaría campo abierto para aspirar a las más ambiciosas metas morales” (Ollero 2012a, p. 23). Al ofrecerse un criterio sustantivo para trazar la diferencia entre derecho y moral se dispone de un instrumento útil y fácilmente comprensible para el deslinde de ambos fenómenos que no sólo no enturbia la claridad que demanda el positivismo, sino que asumiendo buena parte de su núcleo esencial ayuda a plantear mejor muchas cuestiones relativas a la relación entre derecho y moral que aparecen oscurecidas por la deficiente comprensión de estas realidades. El propio García Amado (2012a, p. 64), cuando examina la propuesta de Ollero sobre el fundamento ético de los deberes jurídicos y morales, no pone excesivos reparos a esta distinción conceptual: “Me parece que hasta aquí pocas objeciones de fondo podría proponer un positivista. Se está planteando la separación conceptual y práctica del derecho y la moral y, en principio, no parece que esa separación sea puesta en cuestión por el común encaje de los deberes de conducta en el terreno genérico de la ética”.

Para el positivismo jurídico el derecho se identifica como una realidad normativa que alcanza carácter jurídico cuando las normas se incorporan al sistema jurídico de acuerdo con los mecanismos previstos en el propio sistema. Las razones para que se lleve a cabo dicha incorporación no son jurídicas, como tampoco lo es la crítica a las normas positivizadas. De acuerdo con el planteamiento de Ollero, no hay ningún cambio a la hora de identificar las normas jurídicamente válidas, es decir, se admiten los

criterios de pertenencia establecidos en el concepto positivista de derecho. Y tampoco hay cambios por lo que respecta a la influencia en la validez jurídica de la crítica que se realice a las normas jurídicas. Ollero (2007, p. 233) no tiene ningún reparo en afirmar que las leyes injustas son derecho. Se tendería a pensar que se trata de una postura canónicamente positivista. Sin embargo, las diferencias son muy importantes y conducen a un claro alejamiento del positivismo. Si el derecho es una dimensión de la existencia humana cuyo fin es lograr una convivencia pacífica digna de seres humanos se dispone de un criterio capaz de identificar qué es “jurídicamente relevante” —y no sólo “relevante para el derecho”— más allá de las normas jurídicas válidas. Con otras palabras, se amplía el ámbito de la juridicidad y, lo que es más importante, sin que ello introduzca confusiones ni se oponga a la identificación socialmente aceptada del derecho.

Así, toda conducta que afecte sensiblemente a la convivencia en una determinada sociedad puede ser considerada una conducta jurídicamente relevante y, precisamente por ello, estaría justificada su regulación a través de normas jurídicas. De este modo se comprende que el derecho no es un objeto, sino una actividad que se realiza progresivamente sin que se confunda el momento previo a la positivación a través de normas jurídicas que alcanzan validez con las normas una vez positivizadas. De igual manera, una norma jurídica válida que no sólo no ofrece una buena solución para aquella situación a la que se dirige, sino que dificulta la convivencia, se hace acreedora de una crítica que es propiamente jurídica. El positivismo jurídico podría incidir en que se sigue admitiendo que sólo es derecho en un sentido podríamos decir que “pleno” aquel que se ha incorporado al ordenamiento jurídico por los cauces previstos en el sistema, y que sólo cambia el calificativo de las razones que se esgrimen para sustentar la incorporación o para criticar las normas ya incorporadas. Y ese cambio en el calificativo utilizado induciría a confusión porque, como observa García Amado (2012a, p.67), la alternativa que aquí se plantea permite afirmar que hay normas jurídicas y jurídicamente reprochables al mismo tiempo: “¿Cómo puede un sistema jurídico fundamentar a la vez la juridicidad y la reprochabilidad jurídica de sus normas? Tendrá que ser porque el sistema jurídico es bifronte. Por una parte, las pautas formales que el mismo sistema sienta fundan la juridicidad de las normas positivas formalmente correctas; por otra, la justicia objetiva, que viene de la ética y que también aporta contenidos jurídicos, aunque no sean contenidos positivizados en ese sistema”.

En efecto, tiene razón García Amado en que la propuesta permite identificar criterios jurídicos más allá del derecho positivo. El reproche jurídico no tiene por qué venir del propio sistema, pero no por ello deja de

ser un reproche jurídico. Y ello se puede justificar ampliando el concepto de derecho, de lo jurídico, para no identificarlo con las normas jurídicas positivizadas de acuerdo con los cauces establecidos por el propio sistema. Él incide críticamente en que esos criterios provienen de lo que Ollero denomina “justicia objetiva”. En realidad, se trata de abrirse a la posibilidad de que la razón práctica pueda ofrecer argumentos para justificar la crítica al derecho legislado o para apelar a la creación de normas con un criterio acorde al fin último del derecho: favorecer un mejor logro de la convivencia, lo cual no puede realizarse en abstracto. Evidentemente, en este terreno se pueden producir desacuerdos razonables y la clave para poder avanzar radica en si se admite la razón práctica, es decir, la capacidad de argumentar que nos permita aproximarnos e incluso en algunos casos alcanzar certezas a la hora de identificar lo justo. Y parece que es aquí donde García Amado (2012a, p. 100) sitúa su discrepancia fundamental con este planteamiento: no es, pues, una discrepancia conceptual sobre el derecho, sino epistemológica. O, para ser más preciso, son las diferencias epistemológicas las que le conducen a la discrepancia conceptual: “Tendremos, positivistas o no positivistas, que saber dónde se halla esa justicia objetiva y cómo podemos conocer con un mínimo rigor sus exigencias. Y esto, hasta donde yo veo, Ollero no lo indica”²⁵. Me parece lícito exigir lo que tradicionalmente se denomina una teoría de la justicia para realizar la crítica del derecho positivo y para justificar la positivación de determinados contenidos que se consideren jurídicamente relevantes. Ahora bien, el escepticismo en este punto no compromete, como el propio García Amado acepta, el concepto de juridicidad que surge de la reflexión filosófica sobre la normatividad ínsita al ser humano, que es la base para una distinción conceptual entre derecho y moral distinta a la que se plantea en el positivismo. Y, puesto que esta indagación filosófica tiene mayor capacidad explicativa porque se desarrolla en un nivel de mayor radicalidad —en este sentido es genuinamente filosófico—, y no contraviene los usos sociales respecto a qué se deba entender por derecho, parece un punto de partida más adecuado que el concepto positivista de derecho.

25. En esta misma línea (García Amado 2012a, pp. 74-75): “La superioridad o el mayor valor de su postura creo que sólo se podrán basar en una de estas dos vías: o bien se explica más en detalle cuáles son y cómo se conocen los contenidos objetivos de la justicia objetiva, o bien se dan por supuestos y por tan evidentes, tan accesibles además al conocimiento humano, sea por vía de intuición de reflexión o de razón natural (...), que se piensa que no hace falta mayor explicitación: lo evidente ni se comenta”.

4. CONCLUSIÓN

La preocupación por las cuestiones relativas a la justicia material condujo a la apertura del positivismo jurídico al cognitivismo ético. Esta apertura no puede ser, sin embargo, puramente defensiva, en la medida en que se rechaza modificar el concepto de derecho por muchas evidencias que se admitan sobre la conexión entre derecho y moral —utilizando su propia terminología—. Probablemente ello es debido a que en el fondo de este positivismo jurídico abierto al cognitivismo ético sigue presente un escepticismo que impide, entre otras cosas, la construcción de una teoría de la justicia debidamente articulada, tal como se le ha reprochado a Hart (Delgado Pinto, 2004).

En mi opinión, el agotamiento del paradigma positivista exige una alternativa filosófica abierta a lograr una comprensión radical del fenómeno jurídico en todas sus dimensiones. Quizá una de las alternativas más destacadas que se han presentado en los últimos tiempos frente al positivismo jurídico sea la de Robert Alexy. Este autor ha desarrollado una sólida teoría de las normas y del sistema jurídico sobre la base de la distinción entre reglas y principios; utiliza el análisis del lenguaje para mostrar la existencia de una conexión necesaria entre derecho y moral; e incorpora una teoría de la corrección material procedimental basada en la teoría del discurso habermasiano. Sin embargo, la teoría de Alexy (2003, p. 154), pese a sus indudables méritos, permanece anclada en una visión normativista del derecho y de la moral que le impide dar el paso hacia una reflexión última sobre el sentido del derecho que me parece esencial²⁶. El normativismo asume como un dato no sometido a discusión que el derecho es norma, lo cual es obviamente cierto. Lo que cabe cuestionar es si es primariamente una realidad normativa o la norma es la consecuencia lógica de una realidad más profunda. Para responder a esta cuestión la indagación filosófica de Cotta ofrece una aportación decisiva porque es capaz de dar respuesta al fundamento ontológico del derecho, la moral y la política. Por su parte, en un planteamiento cohonorable con el de Cotta, Ollero ha propuesto un criterio de distinción entre el derecho y la moral que se desmarca de algunos planteamientos actuales muy influidos por el positivismo jurídico.

26. Cuando Alexy plantea la manera de hacer filosofía del derecho parte de una precomprensión normativista que condiciona su aproximación al estudio de la cuestión. Esto se observa claramente cuando presenta su “modelo triádico”. Parece evidente que para Alexy el derecho es una realidad normativa, lo cual se ve confirmado cuando afirma que “el concepto de norma o de «deber ser» es por lo menos un candidato para ser el concepto más abstracto de la filosofía del derecho”.

A diferencia de Alexy, Ollero no ha pretendido elaborar una construcción sistemática con una red de conceptos cuidadosamente depurada como alternativa al positivismo jurídico²⁷. Y tampoco se observa en su obra un deliberado intento de construir una teoría de la justicia. Sin embargo, como he tratado de mostrar en estas páginas, su planteamiento me parece muy útil para construir una teoría del derecho alternativa al positivismo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (2000). La institucionalización de la razón (traducción de Seoane, J.A.). En *Persona y Derecho*, núm. 43.
- Alexy, R. (2003). La naturaleza de la filosofía del derecho. En *Doxa*, núm. 122.
- Alexy, R. (2013). El no positivismo incluyente. En *Doxa*, núm. 36, pp. 15-23.
- Alexy, R. (2016). Derecho y moral (traducción de Seoane, J.A., y Soderó, E. R.), en *La institucionalización de la justicia*, 3^o ed. ampliada. Granada: Comares.
- Ballesteros, J. (1986). *Sobre el sentido del derecho*. Madrid: Tecnos.
- Bayón, J.C. (1996). Deber jurídico. En Garzón Valdés E. y Laporta, F. (eds.). *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta/CSIC/BOE.
- Blanco, Susana (2003). La argumentación jurídica como sucedáneo imperfecto del discurso moral. La teoría de Carlos Santiago Nino. En Pedro Serna (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*. Granada: Comares.
- Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico* (traducción de Rafael de Asís y Andrea Greppi, estudio preliminar de Rafael de Asís). Madrid: Debate.
- Cotta, S. (1987a). *Justificación y obligatoriedad de las normas* (traducción de Antonio Fernández Galiano). Madrid: Ceura.
- Cotta, S. (1987b). *El derecho en la existencia humana* (traducción de Ismael Peidró). Pamplona: Eunsa.
- De Páramo Argüelles, J.R. (1984). *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho* (prólogo de Gregorio Peces-Barba). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Delgado Pinto, J. (1996). Normatividad del derecho. En Garzón Valdés E. y Laporta, F. (eds.). *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta/CSIC/BOE.
- Delgado Pinto, J. (2004). Discurso de investidura como Doctor Honoris Causa en la Universidad Carlos III de Madrid. En <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/8604> (última consulta 28/06/2021).
- Díaz, E. (1971). *Sociología y Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus.
- Escudero Alday, R. (2004). *Los calificativos del positivismo jurídico: el debate sobre la incorporación de la moral*. Madrid: Civitas.

27. Ollero (2012b, p. 128) manifiesta su escepticismo respecto a los intentos de caracterizar al derecho como sistema.

- Etcheverry, J. B. (2010). *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente: un estado de la cuestión*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Unam.
- Etcheverry, J.B., y Serna, P. (eds.) (2010). *El caballo de Troya del positivismo jurídico. Estudios críticos sobre el Inclusive Legal Positivism*. Granada: Comares.
- Finnis, J.M. (2000). *Ley natural y derecho naturales* (traducción y estudio preliminar de Cristóbal Orrego). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- García Amado, J.A. (2003). Positivismo jurídico y obediencia al Derecho. En *Ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá: Temis.
- García Amado, J.A. (2012a). Iuspositivismo sin misterio y antipositivismo con enigmas. En Ollero, A., García Amado, J.A., et al., *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- García Amado, J.A. (2012b). Positivismo jurídico. En Ollero, A., García Amado, J.A., et al., *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- González Vicén, F. (1979). El positivismo en la filosofía del derecho contemporánea. En *Estudios de Filosofía del Derecho*. Santa Cruz de Tenerife: Universidad de La Laguna.
- Hart, H.L.A. (1961). *El concepto de Derecho* (traducción de Genaro R. Carrió). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hart, H.L.A. (1962). El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral. En *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis* (traducción y nota preliminar de Genaro R. Carrió). Buenos Aires: Depalma.
- Hart, H.L.A. (2000). *Post scriptum al concepto de derecho*. Bulloch, P.A. y Raz, J. (editores), estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía a cargo de Rolando Tamayo. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Heidegger, M. (2002). *Ser y tiempo* (traducción, prólogo y notas de Jorge Eduardo Rivera). Santiago de Chile: Editorial Universitaria.
- Kelsen, H. (1981). *Teoría pura del derecho* (traducción de Vernengo, R.J.). México: Universidad Autónoma de México.
- Kelsen, H. (1994). La teoría pura del Derecho y la jurisprudencia analítica. En Casanovas, P. y Moreso J.J. (eds.). *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona: Crítica.
- Kramer, Matthew H. (2019). The Legal Positivism of H.L.A. Hart. En *University of Cambridge. Legal Studies research Paper Series*, núm. 11.
- Marías, J. (1967). *Introducción a la filosofía* (9.ª ed.). Madrid: Alianza Editorial.
- Marías, J. (1970). *Antropología metafísica*. Madrid: Alianza Editorial.
- Nino, C.S. (1994). *Derecho, moral y política*. Barcelona: Ariel.
- Ollero, A. (2006). Derecho positivo, derecho natural, todavía... En Ramos Pascua J.A. y Rodilla M.Á. (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Aquilafuente.
- Ollero, A. (2007). *El derecho en teoría*. Cizur Menor: Thompson-Aranzadi.
- Ollero, A. (2012a). Derecho y moral: una relación desnaturalizada. En Ollero, A., García Amado, J.A., et al., *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012.

- Ollero, A. (2012b). Derecho y moral: anotaciones tras un debate. En Ollero, A., García Amado, J.A., et al., *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Ortega y Gasset, J. (2008). ¿Qué es filosofía? En *Obras completas. Tomo VIII*. Madrid: Taurus.
- Orrego, C. (1997). *H.L.A. Hart. Abogado del positivismo jurídico* (prólogo de Pedro Serna). Pamplona: Eunsa.
- Pereira Sáez, C. (2008). *La autoridad del derecho. Un diálogo con John M. Finnis*. Granada: Comares.
- Raz, J. (1984). Hart on Moral Rights and Legal Duties. En *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 4.
- Raz, J. (2007a). ¿Puede haber una Teoría del derecho? (traducción de Rodrigo Sánchez Brigido). En J. Raz, R. Alexy y E. Bulygin. *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Raz, J. (2007b). Teoría y conceptos. Réplica a Alexy y Bulygin (traducción de Rodrigo Sánchez Brigido). En J. Raz, R. Alexy y E. Bulygin. *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Radbruch, G. (1962). *Arbitrariedad legal y derecho supralegal* (traducción de M.I. Azareto de Vásquez). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Seoane, J.A. (2005). El concepto de Derecho. La teoría del sistema jurídico. En J.A. Seoane y P. Rivas. *El último eslabón del positivismo jurídico*. Granada: Comares.
- Serna, P. (1997). Sobre las respuestas al positivismo jurídico. En *Persona y Derecho*, 37, pp. 279-314.
- Serna, P. (2006). *Paradigmas epistemológicos y filosofía del derecho*. México: Porrúa.
- Serna, P. (2011). Entre ciencia y arbitrariedad. Una reflexión sobre los saberes teórico-jurídicos en el paradigma positivista. En González, Á. L., y Zorroza, M.I. (eds.). *In umbra intelligentiae. Estudios en Homenaje al Prof. Juan Cruz Cruz*. Pamplona: Eunsa.
- Serna, P. (2014). Presupuestos programáticos para la Elaboración de un Concepto Hermenéutico-Ontológico de Derecho. En *Revista Portuguesa de Filosofía*, núm. 70.