

CAPÍTULO III
EL POSITIVISMO JURÍDICO
Y LAS FUENTES DEL DERECHO

1. La naturaleza del positivismo jurídico.....	55
2. La tesis social.....	59

CAPÍTULO III

EL POSITIVISMO JURÍDICO Y LAS FUENTES DEL DERECHO*

1. *La naturaleza del positivismo jurídico*

La naturaleza perenne e inexhaustible de la controversia con respecto al análisis positivista del derecho se debe, en no poca medida, al elusivo significado de 'positivismo' en la filosofía jurídica. Ciertamente, está bien establecido que el positivismo jurídico es esencialmente independiente (aunque no históricamente desconectado) tanto del positivismo de la filosofía del siglo XIX como del positivismo lógico del presente siglo. Sin embargo, las grandes variaciones entre las diferentes teorías positivistas del derecho y la extensa variedad de motivaciones filosóficas que penetren la obra de los no-positivistas, indican la dificultad, quizás la imposibilidad, de identificar al positivismo jurídico en su fuente —en una concepción filosófica básicamente positivista.

La forma más sencilla de abordar la continua controversia sobre el positivismo jurídico es a través de las tesis particulares, o grupos de tesis, alrededor de las cuales ésta gira. Tres áreas de discusión han estado en el centro de la controversia: la identificación del derecho, su valor moral y el significado de sus términos básicos. Podríamos identificarlas como la tesis social, la tesis moral y la tesis semántica, respectivamente. Sin embargo, debe entenderse que en cada área los positivistas (o sus oponentes) se identifican por sostener (o rechazar) una o más de un grupo de tesis relacionadas, más bien que una tesis particular.

En términos muy generales la tesis social positivista es que lo que es y lo que no es derecho es una cuestión de hechos sociales (esto es, la variedad de las tesis sostenidas por los positivistas son diversos refinamientos y elaboraciones de esta gruesa formulación).

* Mi punto de vista respecto a los problemas tratados en este capítulo fueron grandemente afectados por conversaciones tenidas con R. M. Dworkin y J. M. Finniss, quienes no estuvieron de acuerdo con muchas de mis conclusiones.

Su tesis moral es que el valor moral del derecho (tanto de una disposición jurídica particular como de todo un orden jurídico) o el mérito moral que éste tenga es una cuestión contingente que depende del contenido del derecho y de circunstancias de la sociedad a la cual se aplica. La única tesis semántica que puede ser identificada como común a la mayoría de las teorías positivistas es una tesis negativa, a saber: que términos como 'derechos' y 'deberes' no pueden ser usados con el mismo significado en el contexto jurídico y en el contexto moral. Esta vaga formulación está hecha para cubrir diversas concepciones como: (1) 'derechos morales' o 'deberes morales' son expresiones sin sentido o autocontradictorios o (2) 'derechos' y 'deberes' tienen un significado evaluativo y uno no-evaluativo y son usados en contextos morales en su significado evolutivo, en tanto que en contextos jurídicos son usados en su significado no-evaluativo, o bien (3) el significado de 'derechos y deberes jurídicos' no es una función del significado de sus términos componentes —así como una gran variedad de tesis semánticas relacionadas.

De todas, la tesis social es la más fundamental. Ella es, también, responsable del nombre 'positivismo' el cual indica la idea de que el derecho es puesto, de que es hecho derecho por la actividad de seres humanos. Frecuentemente se piensa que la tesis social necesita de la tesis moral y semántica. En gruesas líneas el argumento es el siguiente: puesto que, en virtud de la tesis social, lo que es derecho es una cuestión de hechos sociales y la identificación del derecho no supone argumentos morales, entonces, se sigue, que la conformidad a valores o ideas morales no es, de ninguna manera, condición para que algo sea derecho o jurídicamente obligatorio. De esta forma, la conformidad del derecho a valores e ideas morales no es necesaria; es contingente a las circunstancias particulares de su creación o aplicación. Por tanto, como sostiene la tesis moral, el valor moral del derecho depende de factores contingentes. No puede haber argumento de que, por necesidad, el derecho tenga valor moral. De esto y del hecho de que términos como 'derechos' y 'deberes' sean usados para describir el derecho —cualquier derecho— se sigue, parece, la tesis semántica. Si tales términos son usados para afirmar la existencia de derechos y deberes jurídicos que pueden y que, algunas veces, efectivamente contradicen derechos y deberes morales, dichos términos no pueden ser usados con el mismo significado en ambos contextos.

He sostenido en otro lugar¹ que ambos argumentos son falaces y que ni la tesis moral ni la semántica se siguen de la social. La afirmación de que lo que es y no es derecho es puramente una cuestión de hechos sociales, deja abierta la cuestión de si los hechos sociales, por los cuales identificamos el derecho o determinamos su existencia, le proporcionan valor moral. Si lo hacen, queda abierta todavía la cuestión de si, dada la naturaleza humana y las condiciones generales de la existencia humana, todo orden jurídico que es, de hecho, el derecho efectivo de alguna sociedad, debe conformarse, por necesidad, a algunos valores e ideas morales.

En cuanto a la tesis semántica, todo lo que el positivista tiene razón de sostener es que el uso del lenguaje normativo que describe el derecho no siempre lleva la implicación de que el que habla avale el derecho descrito como obligatorio. Puesto de manera más precisa, esto significa que el lenguaje normativo cuando es usado para enunciar el derecho no siempre lleva su fuerza normativa completa. En cuanto a esto, aun el no-positivista puede estar de acuerdo. Esto no justifica la opinión de que términos como derechos y deberes sean usados con un significado diferente en los contextos jurídico y moral.

No es el propósito del presente capítulo explorar tales argumentos. Los menciono sólo para indicar en qué grado la versión del positivismo que va a ser defendida aquí es moderada, la cual no necesita entrar en conflicto con la opinión iusnaturalista en lo que se refiere al análisis semántico de los términos normativos y a la relación entre el derecho y la moral. Los siguientes no son sino algunos ejemplos de puntos de vista comúnmente asociados con teorías del derecho natural, los cuales son equiparables con la versión del positivismo que abajo defendemos.

- a) 'Un deber jurídico' significa un deber que se tiene porque el derecho requiere la realización de tal acción.
- b) Existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral social (*i.e.* la moral respaldada y practicada por la población).
- c) La pretensión de autoridad de todo orden jurídico es justificada.

¹ Cfr. *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 162 y ss.

Con independencia de si tales opiniones son verdaderas o no, ciertamente son compatibles con la tesis social la cual es la espina dorsal de la versión del positivismo que intento sostener. La tesis social es mejor considerada no como una tesis de 'primer orden' sino como un límite en cuanto a qué tipo de teoría del derecho es una teoría aceptable —más específicamente— es una tesis sobre algunas propiedades generales de cualquier criterio (*test*) aceptable sobre la existencia e identidad de los órdenes jurídicos.

La versión fuerte de la tesis social. Para la versión fuerte de la tesis social, una teoría del derecho es aceptable únicamente cuando sus criterios (*test*) para identificar el contenido del derecho y determinar su existencia dependen exclusivamente de hechos de conducta humana susceptibles de ser descritos en términos valorativamente neutros y cuando es aplicada sin recurrir a argumentos morales.

Esta formulación es menos clara de lo que pudiera ser. Una más clara y lúcida exposición requiere una más completa elaboración teórica y es probable, por tanto, que tenga que ser más controvertible. Esta formulación se esfuerza por llegar al centro de la motivación y a la idea fundamental que subyace en las diferentes formulaciones de la tesis social y acepta el inevitable costo de falta de precisión. No obstante, algunas aclaraciones son necesarias.

Primeramente, la tesis asume que cualquier teoría completa del derecho contiene criterios para identificar el contenido del derecho y determinar su existencia. Esto parece autoevidente para muchos filósofos del derecho que consideran como una de sus principales tareas el procurar tales criterios. Otros igualmente célebres iusfilósofos nunca fueron movidos a hacerlo y sintieron que tales criterios o bien no eran parte de la filosofía jurídica o eran estériles o imposibles. Lon Fuller es el más eminente de entre los filósofos del derecho contemporáneo que han sostenido tal opinión. Las razones para disentir de tales posturas serán sucintamente indicadas en la siguiente sección. Lo mejor es considerar tales teorías como teorías incompletas del derecho. Por una razón u otra la mayoría de las teorías del derecho, si no es que todas, son teorías incompletas en tanto que no proporcionan respuestas a algunas cuestiones que caen dentro del campo de la ciencia del derecho (*jurisprudence*).

En segundo lugar, la tesis asume que existe un vocabulario suficientemente rico de términos valorativamente neutros. No asume que exista una clara y tajante diferencia entre los términos de carga valorativa y aquellos libres de carga valorativa. Tampoco se compromete con cualquiera de las partes en la disputa iusnaturalista-anti-iusnaturalista. Que el criterio sea susceptible de ser descrito en términos valorativamente neutros, no significa que una conclusión axiológica o deóntica no pueda ser implicada por él. Afirmar esto sería adoptar una posición anti-iusnaturalista.

En tercer lugar, la tesis no requiere que se pasen por alto las intenciones, motivaciones y opiniones morales de las gentes. Neutralidad valorativa no significa conductismo.

Finalmente, es conveniente hacer notar que la tesis social puede ser dividida en dos: (1) Una condición social es necesaria para identificar la existencia y contenido del derecho. Una disposición es una disposición jurídica sólo si satisface una condición social. (2) Una condición social es suficiente para identificar la existencia y contenido del derecho. Una disposición es una disposición jurídica si satisface la condición social.

2. *La tesis social*

He señalado que la tesis social ha estado siempre en la base del pensamiento positivista del derecho y que sus consecuencias semánticas y morales han sido muy frecuentemente malentendidas. No es mi propósito exponer ni defender aquí alguna postura particular sobre los criterios por los cuales la existencia y contenido del derecho habrán de ser identificados.² Pero, como la aceptación de la tesis social efectivamente da forma a las teorías del derecho que la respaldan, es importante volver, una vez más, sobre las razones que fundamentan la tesis social. Al hacerlo me veré, inevitablemente, comprometido con algunas posturas más precisas sobre las condiciones sociales para la existencia e identidad de los órdenes jurídicos.

i. La justificación más general y no teórica de la tesis social es de que ésta refleja correctamente el significado de 'derecho' ('law')

² Cfr. *Infra*: caps. v y vi, así como mi *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 132-148 y 154-162.

y términos relacionados en el lenguaje ordinario. Esta afirmación puede ser demostrada, como ha sido hecho con bastante frecuencia. Parece fundamentalmente correcta como una parte esencial de toda defensa de la tesis social y, sin embargo, no es por sí misma concluyente. La palabra '*law*'^a tiene usos no jurídicos: *laws of nature*, *moral laws*, *the laws of thought*,^b etcétera. Algunos de estos usos tienen un *status* problemático. Más aún, no existen líneas precisas de demarcación en el uso lingüístico de los diferentes tipos de derecho. Así, por ejemplo, la discusión de la naturaleza del derecho internacional, no puede ser determinada recurriendo al lenguaje ordinario.

Por razones similares, el hábito (*usage*) es muy amorfo para dar adecuado soporte a la tesis social. Éste, ciertamente, sugiere que el derecho tiene una base social, que la Alemania nazi tenía un orden jurídico, etcétera. Pero no es suficientemente determinante para establecer, de forma indiscutible, que los hechos sociales son tanto condiciones suficientes como necesarias para la existencia e identidad del derecho.

Por último, no queremos ser esclavos de las palabras. Nuestro objetivo es entender la sociedad y sus instituciones. Tenemos que enfrentar esta cuestión: ¿el significado ordinario de 'derecho' es tal que ayude a identificar hechos relevantes para nuestro entendimiento de la sociedad?

ii. La tesis social es frecuentemente recomendada en base a que separa nítidamente la descripción del derecho de su evaluación. Esto, se afirma, evita confusiones y aporta claridad de pensamiento. Es cierto, pero esto presupone la tesis más que fundamentarla. Si el derecho tiene que ser identificado mediante criterios sociales,

^a En un contexto jurídico '*law*' (generalmente en singular) corresponde normalmente a 'derecho' (en sentido objetivo), i.e. conjunto de normas, orden jurídico. En este sentido: *Roman law*, *the law of Athens*, *criminal law*, *the law of obligations*, *constitutional law*, etc. o simplemente, *law* [el derecho]. De forma adjetiva se refiere a lo relativo o perteneciente al derecho i.e. *law professor*, *law school*, etcétera. N.T.

^b 'Leyes de la naturaleza', 'normas morales', 'leyes del pensamiento', son típicos ejemplos de usos no jurídicos de '*law*'.

A este respecto cabe señalar que dentro de la tradición jurídica civilista la tesis social también refleja el correcto significado de 'derecho' y de otros términos relacionados en el lenguaje ordinario. Sin embargo, por razones similares —usos no jurídicos de 'derecho': 'estar derecho', 'el derecho de la tela', etcétera, como de '*droit*', '*le droit chemin*', etcétera, '*diritto*': '*sempre diritto*', etcétera—, esta afirmación no es por sí misma concluyente para sostener la tesis social. N.T.

entonces, tratar de identificarlo sin separar claramente los hechos sociales de las consideraciones evaluativas es equívoco y, frecuentemente, un craso error. Pero si la identificación del derecho supone, como muchos iusnaturalistas creen, consideraciones tanto evaluativas como sociales, entonces separar éstas en la identificación del derecho es equívoco y erróneo.

iii. La adhesión a la tesis social elimina los perjuicios del investigador. Requiere que este último haga a un lado sus opiniones evaluativas y deónticas y se base exclusivamente en consideraciones que puedan ser investigadas y descritas de una forma valorativamente neutra. Esto, aunque cierto, presupone la tesis social y es uno de sus resultados más que su fundamento. Puesto que, a este respecto, también tiene que admitirse que si aquellos iusnaturalistas que rechazan la tesis social están en lo cierto, entonces considerar el sentido de valores del investigador (ya no se llamarían perjuicios) sería el único camino apropiado para identificar el derecho. Esto no significa que desde este punto de vista el derecho sea lo que es en virtud de que el investigador cree en ciertos valores, significa, en realidad, que la manera apropiada de identificar el derecho consiste en inquirir en la validez y en las implicaciones de ciertos valores.

iv. Existen, sin duda, muchas otras razones —y variaciones de razones— que han sido propuestas en favor de la tesis social y muchas de ellas poseen, cuando menos, cierta verdad. Sin embargo, la principal justificación de la tesis social reside en el carácter del derecho en tanto institución social. Algunas instituciones sociales puede que tengan que ser entendidas en forma incompatible con una tesis social análoga aplicada a ellas. Pero el derecho, como muchas otras instituciones, es una institución que se conforma a la tesis social. Para comprobarlo es necesario especificar, de manera general, los principales ingredientes de los criterios de existencia e identidad de un orden jurídico y determinar aquellos con los cuales la tesis social está relacionada. El criterio de identidad y existencia de un orden jurídico contiene tres elementos fundamentales: eficacia, carácter institucional y fuentes.

La eficiencia es la menos controvertida de estas condiciones. Curiosamente es, también, la menos estudiada y la menos entendida. Posiblemente no haya mucho con lo que la filosofía jurídica pu-

diera contribuir al respecto. Sin embargo, creo, existen algunas dificultades que, aunque elementales, necesitan ser exploradas.³ Como el presente capítulo no se refiere a los detalles precisos de la condición de eficacia, estas dificultades pueden ser pasadas por alto. Es suficiente que todos convengan que un orden jurídico no es el derecho vigente en una cierta comunidad, salvo que sea respaldado, aceptado o interiorizado por, al menos, ciertos sectores de la población. Esta condición está destinada simplemente a asegurar que el derecho al cual nos referimos es, efectivamente, el derecho de una sociedad dada y no un orden jurídico difunto o uno al cual se aspira.

Esta es la menos importante de las condiciones. No es discutida por los iusnaturalistas. Tampoco ayuda a caracterizar la esencia del derecho como un tipo de institución humana. Distingue entre derecho efectivo y no efectivo y no entre órdenes jurídicos y órdenes no-jurídicos. Considérese, por vía de análisis, la moral social. La misma condición se aplica: ninguna moral es la moral social de una comunidad al menos que sea seguida o aceptada por la población. Aquí la condición de eficacia no clarifica la naturaleza de la moral, meramente distingue una moral efectiva de la que no lo es.

Más importante y, también, más controvertido es el segundo elemento del criterio de existencia e identidad: el carácter institucional del derecho. Nuevamente las muchísimas controversias sobre la naturaleza precisa del carácter institucional del derecho pueden ser esquivadas aquí. Es ampliamente aceptado, incluso por muchos iusnaturalistas, que un sistema de normas no es un orden jurídico salvo que establezca instituciones judiciales^c (*adjudicative institutions*) que se encarguen de resolver las controversias normales surgidas por la aplicación de las disposiciones del sistema. Es también generalmente aceptado que tal orden normativo es *autoritativo* y ocupa una posición de supremacía dentro de la sociedad, *i.e.* pretendiendo el derecho de legitimar o proscribir otras instituciones sociales.

Este carácter institucional del derecho lo identifica como tipo social, como un tipo de institución social. En pocas palabras: es un

³ En el capítulo IX: *On the Existence of Legal Systems*, de mi libro *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of a Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 1978, pp. 203-208, pueden verse algunos de los aspectos enigmáticos de muchas conocidas concepciones sobre la eficacia.

^c *Cfr. supra: Prefacio, N.T.*

sistema para guiar y decidir (jurídicamente) que pretende suprema autoridad dentro de una sociedad y, por tanto que, ahí donde es eficaz, goza de autoridad efectiva. Puede pensarse que hay mucho que decir sobre el tipo de institución social en que el derecho consiste. ¿Por qué ser tan parco y abstracto en su descripción? Sin duda los rasgos del derecho que han sido mencionados pueden y deben ser elaborados con mucho mayor detalle. Pero cuando se integra un criterio general de existencia e identidad del derecho probablemente no debemos ir más allá de esta escueta caracterización. El resto corresponde propiamente a la sociología del derecho, en tanto que caracteriza algunos órdenes jurídicos específicos y no necesariamente todos los órdenes jurídicos.⁴

“Derecho”, como hemos mencionado, es usado en muchos contextos diferentes y se aplica a normas de gran variedad y diversidad. Los juristas, naturalmente, concentran su atención profesional en cierta gama de usos: aquellos que están ligados con instituciones del tipo descrito. Muchos filósofos del derecho han sugerido que el análisis filosófico del derecho debe seguir la profesión jurídica y debe sujetar su análisis a este tipo de institución. Esto es muy natural y completamente justificado. Aun dentro de la muy esquemática y rudimentaria caracterización arriba propuesta, es bastante claro que el derecho, así entendido, es una institución de gran importancia para todos aquellos que viven en sociedades gobernadas por el derecho, en la actualidad significa casi todos. Existe más que suficiente justificación para hacer del derecho objeto de un estudio especial (que no tiene ni debe descuidar sus complejas relaciones con otras instituciones y fuerzas sociales). Hay, también, suficiente razón para fomentar la conciencia que el público en general tiene del derecho como un tipo especial de institución.

Muchas teorías del derecho natural son compatibles con todo lo que ha sido dicho arriba sobre la naturaleza institucional del derecho. Sin embargo, es necesario señalar que tal concepción institucional del derecho es incompatible con ciertas posturas iusnaturalistas, por dos razones. En primer lugar, es consecuencia del

⁴ Posiblemente la principal adición a los hechos que he mencionado la constituyen las sanciones, el uso de la coerción o la fuerza y el uso de instituciones aplicadoras del derecho. Véase a este respecto: Oberdick, H., “The Role of Sanctions and Coercion in Understanding Law and Legal Systems”, en *American Journal of Jurisprudence*, vol. 21, 1976, Notre Dame Law School, South Bend, Ind., 1976, pp. 71-94; Raz, J., *Practical Reason and Norms*, cit., pp. 154-162.

carácter institucional del derecho que éste tenga límites. Los órdenes jurídicos contienen sólo aquellos estándares que están relacionados, en cierta forma, con las funciones de las instituciones judiciales relevantes.⁵ Esto es lo que el carácter institucional significa. Puesto que el derecho tiene límites, no contiene todos los estándares justificativos (morales u otros) ni tampoco contiene, necesariamente, todas las normas y convenciones sociales. Contiene únicamente un subconjunto de ellas; sólo aquellos estándares que tienen la apropiada relación institucional.⁶ Esto es incompatible con la opinión de que el derecho no constituye un sistema de estándares separados y es especialmente incompatible con la afirmación de que no hay diferencia entre el derecho y la moral o entre el derecho y la moral social.

Una segunda, y quizás, más radical consecuencia de la concepción del derecho como un sistema institucional es de que no se pueden imponer calificaciones morales como condiciones para que una disposición o un orden sean tenidos por jurídicos y que no se encuentren reflejadas también en sus rasgos institucionales. Si el derecho es una institución social de cierto tipo, entonces todas las disposiciones que pertenecen al tipo social son disposiciones jurídicas no obstante lo moralmente objetables que éstas puedan ser.

El derecho puede tener propiedades morales de forma necesaria, pero si es así, entonces sólo sobre la base de todas o algunas de las disposiciones que tengan las relaciones institucionales requeridas tendrán, necesariamente, propiedades morales. Imponer con-

⁵ Kelsen pensó que esta relación era simple. Las normas jurídicas son normas dirigidas a los tribunales. Cfr. Kelsen, H., *The General Theory of Law and State*. New York, Russell and Russell, 1961 (reimpresión de la edición de Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1945), p. 29. Existe traducción española de Eduardo García Máynez, *Teoría general del derecho y del Estado*, 3a. ed. México, UNAM, 1969, p. 34.

Otros autores sugieren relaciones más indirectas. De entre ellas la más notable es la idea de H. L. Hart de que las normas son estándares que los tribunales están obligados a aplicar y a usar en la decisión judicial. Cfr. *The Concept of Law*, cit., pp. 99 y ss; *El concepto de derecho*, cit., pp. 113 y ss.

⁶ ¿Qué no puede tener una sociedad instituciones judiciales habilitadas para aplicar toda regla social a la cual podemos considerar como careciendo de una clara diferenciación entre la moral social y una moral crítica o ideal? Tales sociedades son posibles y quizás han existido. Esto, sin embargo, meramente muestra que desde su punto de vista no existe una distinción entre derecho y moral (salvo que tales sociedades estuvieran conscientes de la distinción observando otras comunidades). Nosotros que poseemos tal distinción podemos aplicarla inclusive a ellas considerando que, tal y como se presentan las cosas en sus comunidades, el derecho abarca la totalidad de su moral social. Pero las cosas pudieron haber sido diferentes incluso para ellas.

diciones morales independientes para identificar el derecho inevitablemente significaría que no todas las disposiciones que forman parte de la institución social del tipo relevante son derecho, o bien, que algunas disposiciones que no son parte de tales instituciones son derecho. De cualquier forma 'derecho' no designaría ya una institución social.

3. *Las fuentes del derecho*

Muchos positivistas son ambiguos en relación con una interesante cuestión. Mientras que sus términos generales sugieren un respaldo a la versión fuerte de la tesis social, sus doctrinas reposan, realmente en la eficacia y en la institucionalidad como las solas condiciones referentes a los fundamentos sociales del derecho. Permítasenos llamar a la combinación de estas dos condiciones la tesis débil. Es fácil mostrar que la tesis fuerte y la débil no son equivalentes. Supóngase que el derecho requiere que las controversias no-reguladas (*i.e.* aquellas a cuyo respecto el derecho está indeterminado o es incierto) sean resueltas en base a consideraciones morales⁷ (o a cierta subclase de ellas, tales como consideraciones de justicia o consideraciones morales no fundamentalmente reñidas con la moral social). Supóngase además que se arguye que en virtud de tal disposición las consideraciones morales se han convertido en parte del derecho (y así el derecho nunca es indeterminado o incierto salvo que la moral lo sea). Esta afirmación se opone directamente a la tesis fuerte. Si tal afirmación se acepta, la determinación de lo que es derecho en ciertos casos depende de consideraciones morales, puesto que se tiene que recurrir a argumentos morales para identificar el derecho. Para conformarnos a la tesis fuerte, tendríamos que decir que mientras la norma que se refiere a la moral es ciertamente derecho (está determinada por sus fuentes) la moral a la cual la norma jurídica se refiere no es por esto incorporada al derecho. Esta norma es análoga a una 'regla de conflicto' que establece el deber de aplicar un orden jurídico extranjero el cual se mantiene independiente y fuera del derecho nacional.

⁷ Obsérvese que la referencia es a la moral, no a la moral social. La moral social está basada en fuentes: costumbres, hábitos y concepciones comunes de la comunidad.

Aunque todo esto es bastante claro, es igualmente claro que la opinión contraria (de acuerdo con la cual la moral llega a formar parte del derecho en virtud de la disposición jurídica mencionada) no viola los requerimientos de la eficacia. Puesto que aquí también el grueso del orden jurídico puede conformarse a ellos. Tampoco es inconsistente con los del carácter institucional del derecho: la moral, dentro de esta concepción, se convierte en derecho al ser vinculada a las instituciones relevantes. Finalmente, la afirmación de que la moral puede, de esta forma, incorporarse al derecho es consistente con la tesis de los límites del derecho, puesto que ésta meramente afirma que las normas jurídicas basadas en fuentes pueden, de vez en cuando, incorporar parte de la moral en el derecho imponiendo, quizás, varias condiciones a su aplicación.

Habiendo señalado lo anterior, debo agregar que el resultado de admitir la opinión que estamos considerando es de que algunos principios morales no basados en fuentes son parte de casi todos los órdenes jurídicos puesto que la mayoría de éstos requieren de los jueces que apliquen consideraciones morales en varias ocasiones.

La diferencia entre la tesis social débil y la fuerte es que ésta insiste, mientras que la primera no, en que la existencia y contenido de toda disposición jurídica es totalmente determinada por fuentes sociales. Por el otro lado, la tesis débil, no la fuerte, integra al derecho las condiciones de eficacia e institucionalidad. Las dos tesis son lógicamente independientes. La tesis débil, aunque verdadera, es insuficiente para caracterizar el positivismo jurídico. Es compatible con:

- (a) En ocasiones la identificación de algunas normas jurídicas requiere de argumentos morales,

pero también es compatible con:

- (b) En todo orden jurídico la identificación de ciertas normas requiere de argumentos morales.

El primer punto de vista se encuentra en la frontera del positivismo y puede o no ser considerado consistente con él. Pero mientras que el primero depende de la contingente existencia de una disposición jurídica basada en fuentes que convierte, algunas veces, consideraciones morales en el criterio de validez (como el

ejemplo anterior), el segundo sostiene una necesidad conceptual de la identificación del derecho mediante argumentos morales y está claramente del lado del derecho natural en la histórica división positivismo-iusnaturalismo.

Voy a argumentar en favor de la verdad de la tesis social fuerte excluyendo tanto a (a) como a (b).⁸ Denominaré a la tesis social fuerte: 'la tesis de las fuentes'. ('Fuente', de alguna manera, es usado aquí en sentido técnico, el cual se encuentra, sin embargo, claramente relacionado con la literatura tradicional sobre fuentes del derecho.) Una disposición jurídica tiene una fuente si su contenido y existencia puede ser determinado sin usar argumentos morales (permitiendo, sin embargo, argumentos sobre las concepciones e intenciones morales de la gente, las cuales son, por ejemplo, necesarias para la interpretación). Las fuentes de una disposición jurídica son aquellos hechos en virtud de los cuales ésta es válida y su contenido identificado. Este sentido de 'fuente' es más amplio que el de 'fuentes formales' las cuales son aquellas que establecen la validez del derecho (una o más leyes del Parlamento conjuntamente con uno o más precedentes, puede ser la fuente formal de una disposición jurídica). 'Fuente', tal y como es usada aquí, comprende, también, 'fuentes interpretativas', a saber, todos los materiales interpretativos relevantes. La fuente del derecho, así entendida, no es nunca un acto individual aislado (de legislación, etcétera), sino toda una gama de hechos de variedad de tipos.

¿Cuáles son las razones para aceptar la tesis de las fuentes? Dos

⁸ La tesis social débil proporciona todos los ingredientes por medio de los cuales uno determina si un sistema normativo es un orden jurídico y si está vigente en cierto país. En otras palabras, la tesis social débil, proporciona un criterio completo de existencia de los órdenes jurídicos, un criterio por el cual uno determina si hay un orden jurídico vigente en un país. También contribuye (i.e. el carácter institucional del derecho) con alguno de los ingredientes mediante los cuales construye el criterio de identidad de un orden jurídico (i.e. el criterio por medio del cual uno determina si dos disposiciones jurídicas pertenecen al mismo sistema jurídico), pero en esto es insuficiente y tiene que ser complementada por la tesis social fuerte, i.e. por la pretensión de que toda disposición jurídica tiene una fuente social.

E. P. Soper ("Legal Theory and the Obligation of the Judge: The Hart/Dworkin Dispute", en *Michigan Law Review*, vol. 75, 1975, pp. 511 y ss.) y D. Lyons ("Principles, Positivism and Legal Theory", en *Yale Law Journal*, vol. 87, 1977, pp. 424 y ss.), sostienen que el positivismo jurídico es consistente con (a). Aquellos que sostienen tal concepción del derecho tienen que proporcionar un criterio adecuado para separar las referencias jurídicas a la moral, que hace su aplicación un caso de aplicación de disposiciones jurídicas preexistentes, de los casos de discreción judicial, en los cuales el juez, apelando a consideraciones morales, cambia el derecho. No estoy al tanto de ningún intento serio para suministrar tal criterio.

argumentos se combinan para sostenerla. El primero muestra que la tesis refleja y explica nuestra concepción del derecho. La segunda muestra que existen adicionales razones para adherirse a dicha concepción.

Cuando se discuten nombramientos para la judicatura distinguimos diferentes tipos de características que sería deseable que los jueces poseyeran. Valoramos su conocimiento del derecho y sus habilidades tanto en la interpretación de las disposiciones jurídicas como en la argumentación en formas que muestran su experiencia y dominio del derecho. También valoramos su saber y entendimiento de la naturaleza humana, su sensibilidad moral, su enfoque esclarecedor, etcétera. Existen otras muchas cualidades que serían valiosas en los jueces. Para nuestros propósitos estas dos son las más importantes. La cuestión es que aunque está generalmente admitido que ambas características son muy importantes para los jueces en tanto jueces, únicamente el primer grupo de las características mencionadas, se considera que determinan la habilidad jurídica del juez. El segundo grupo, aunque relevante para el papel del juez, es considerado como reflejando su carácter moral, no su habilidad jurídica. De forma similar, cuando se evalúan las decisiones judiciales como buenas o malas, los abogados y los legos informados habitualmente distinguen entre considerar los argumentos judiciales jurídicamente aceptables o inaceptables y considerarlos moralmente buenos o malos. De muchas decisiones judiciales oímos que son jurídicamente defectuosas, que se basan en una mala interpretación de una ley o de un caso, etcétera. De otras se dice que, aunque jurídicamente aceptables, muestran gran falta de sensibilidad ante las condiciones sociales actuales, que conservadores son los jueces que están en contra de los sindicatos, o que en su celo por proteger a los individuos han ido muy lejos sacrificando eficacia administrativa, etcétera.

Estas distinciones presuponen que los jueces están llamados, al menos ocasionalmente, a basarse en argumentos que revelan su carácter moral más que su habilidad jurídica. (No es razonable suponer que el carácter moral de los jueces se revela sólo cuando cometen un error de derecho. El carácter moral afecta las decisiones con mucha frecuencia por lo que es una hipótesis razonable.) Como indicamos anteriormente, el uso del juicio moral es considerado no como un caso especial de aplicación del derecho o de argumentos jurídicos, sino contrastando con ellos. Esto se mani-

fiesta en la forma en que los dos tipos de criterios para evaluar a los jueces y a las decisiones judiciales se encuentran relacionadas con las dos distinciones. La primera es aquella que distingue entre aplicar y crear, innovar o desarrollar el derecho. Es opinión común decir que los jueces aplican y, también, que desarrollan el derecho. Aunque en muchos casos estas dos funciones son extremadamente difíciles de separar; sin embargo, algunas veces al menos, es claro en el caso en que se establecen nuevos fundamentos. En otros muchos casos puede ser igualmente claro que en ellos meramente se aplica derecho establecido. La cuestión importante es de que nuestra idea habitual es considerar que los jueces recurren a argumentos morales (aunque, quizás, no sólo a tales argumentos) cuando desarrollan el derecho, mientras que, cuando aplican el derecho, usan habilidades jurídicas (aunque no únicamente se usan habilidades jurídicas cuando tienen que decidir si aplican un precedente, si lo “distinguen”^d o lo revocan. Por ahora pasaré por alto este problema y volveremos a él en el capítulo x.

Finalmente, existe una distinción entre derecho cierto e incierto. Todos los juristas saben que en ciertas cuestiones el derecho es incierto. Algunas veces dicen que nadie sabe cuál es el derecho —como si sobre la cuestión debatida hubiera un derecho que es muy difícil de descubrir—. Pero la mayoría de las veces se expresan de manera más exacta diciendo que ésta es una cuestión abierta, que el derecho es incierto, etcétera. (La interpretación de tales expresiones se hará en el siguiente capítulo.) Es primordialmente cuando los jueces resuelven cuestiones con respecto a las cuales el derecho es incierto (así como cuando “distinguen” o re-

^d En el sistema del *Common Law* por ‘*distinguishing*’ se entiende la técnica de señalar las diferencias de hecho o de derecho entre un juicio (*case*) citado como precedente en un juicio pendiente. Se trata de señalar una diferencia esencial. La cuestión es si las diferencias son tan sustanciales o significativas como para justificar una decisión diferente. (Cfr. Walker, D. M., *The Oxford Companion to Law*, cit., p. 365; Jowitt, E., *The Dictionary of English Law*, cit., t. 1, p. 645.) Esta es una atenuación de la doctrina del *stare decesis* (mantenerse a lo decidido) o de la fuerza obligatoria del precedente. De acuerdo con esta doctrina para decidir un juicio sometido al conocimiento de un juez, éste se encuentra obligado a mantener las decisiones de otros jueces pronunciados en juicios (casos) similares. (Cfr. Walker, D. M., *The Oxford Companion to Law*, cit., p. 1174; Jowitt, E., *The Dictionary of English Law*, cit., t. 1, p. 1672.) Si el precedente es tenido por distinguible (*distinguishable*) el principio en tal decisión, no obstante la alta jerarquía del tribunal del cual provenga, no es obligatorio para el juez que conoce del litigio pendiente. Si, por el contrario, el precedente no es *distinguishable*, el juez se encontrará obligado por él, de conformidad con la doctrina del *stare decesis*. N.T.

vocan derecho cierto) que consideramos que los jueces desarrollan el derecho haciendo uso de argumentos morales, sociales y otros argumentos no-jurídicos. Cuando resuelven casos en que el derecho es cierto se considera que los jueces usan habilidades jurídicas aplicando el derecho.

La tesis de las fuentes explica y sistematiza estas distinciones. De acuerdo con ella, el derecho en cuestión es cierto cuando fuentes jurídicamente obligatorias proporcionan su solución. En tales casos se dice de los jueces que aplican el derecho y, en virtud de que está basado en una fuente, su aplicación supone habilidades jurídicas técnicas para razonar a partir de tales fuentes sin recurrir a su sensibilidad moral. Si una cuestión jurídica no está resuelta por estándares derivados de fuentes jurídicas, entonces se carece de una respuesta jurídica —el derecho en cuestión es incierto—. Al decidir tales casos los tribunales inevitablemente establecen nuevos fundamentos (jurídicos) y las decisiones judiciales desarrollan el derecho (al menos en los órdenes jurídicos basados en el sistema de precedentes). Naturalmente, sus decisiones en dichos casos se basan, al menos parcialmente, en consideraciones morales y otras de tinte extra-jurídico.

No es necesario que supongamos una completa convergencia entre las distinciones mencionadas y las tesis de las fuentes. Si, efectivamente, la tesis de las fuentes coincide con la manera en que estas distinciones son generalmente aplicadas, entonces ésta tiene poder explicativo y está, en este sentido, fundamentada. Puede ser considerada como una tesis sistematizada o mejorada ahí donde va más allá del uso ordinario de estas distinciones. Este argumento a favor de la tesis de las fuentes no es un argumento que parta del sentido ordinario de 'derecho' o de cualquier otro término. Se basa en características fundamentales de nuestro entendimiento de una cierta institución social cuyo principal ejemplo lo constituyen los órdenes jurídicos nacionales contemporáneos, pero cuyas posibilidades se extienden más allá. No es parte del argumento que una concepción similar de los órdenes jurídicos tenga que ser encontrada en todas las culturas y en todos los periodos. Es parte de nuestra manera de concebir y entender el funcionamiento de instituciones sociales. No hay nada malo en interpretar las instituciones de otras sociedades de acuerdo a nuestras tipologías. Ésta es una parte inevitable de cualquier intento inteligente por enten-

der otras culturas. Esto no implica que al interpretar instituciones ajenas se pasen por alto las intenciones, creencias o esquemas morales de sus protagonistas. Sólo significa que en un determinado momento se clasifican sus actividades, así interpretadas, en términos de un esquema para analizar las instituciones sociales, el cual los participantes mismos pueden ignorar.

Aún más, puede ser tranquilizador saber que la tesis de las fuentes no es meramente un reflejo de un rasgo superficial de nuestra cultura. Voy a argumentar brevemente que la tesis de las fuentes capta y distingue una visión básica de la función del derecho. Es un lugar común sostener que la vida social requiere y es facilitada por varios patrones de abstención, cooperación y coordinación entre los miembros de la sociedad o de algunos de ellos. Esto es igualmente verdad en cuanto a la consecución de objetivos, los cuales la sociedad, o partes de ella, puede haber establecido. Diferentes miembros y diferentes partes de una sociedad pueden tener distinta opinión con respecto a qué esquemas de cooperación, coordinación o abstención son apropiados. Es una parte esencial de la función del derecho en la sociedad marcar hasta qué punto una opinión particular de los miembros de la sociedad, o de secciones influyentes o grupos poderosos de ella, deja de ser su opinión particular y se convierte (se pretende que así sea) en una opinión que obliga a todos los miembros, no obstante su desacuerdo con ella. El derecho hace esto y sólo puede hacerlo proveyendo formas públicamente determinables para guiar la conducta y regular aspectos de la vida social.⁹ El derecho es un patrón público por medio del cual se puede medir el propio comportamiento como, también, el comportamiento de los demás. Ayuda a asegurar la cooperación social no sólo a través de sanciones que proveen motivos para la conformidad, sino, también, designando, de forma accesible, los patrones de conducta requeridos para tal cooperación. Este hecho ha sido enfatizado por más de un iusnaturalista en virtud de que forma parte de la justificación de la necesidad del derecho positivo. Locke es un notable y bien conocido ejemplo. H. L. A. Hart, más que ningún otro, ha también enfatizado este punto entre los positivistas.

⁹ No intento sugerir que todas las disposiciones jurídicas son conocidas. Las normas jurídicas secretas son posibles siempre que no sean del todo secretas. Algunos tienen que conocer su contenido en algún momento. Son públicamente determinables y guían la conducta de los funcionarios a los cuales se dirigen, no se encargan de su aplicación en tanto que funcionarios.

Para evitar malentendidos permítaseme elaborar algunos de los pasos cruciales del argumento. Muchas sociedades (grandes o pequeñas) poseen una manera relativamente formal para distinguir entre la expresión de opiniones, peticiones, etcétera y regulaciones *autoritativas*. Esta distinción es un elemento esencial en nuestra concepción del gobierno, sea en la familia, en una comunidad limitadamente organizada o en el Estado. No todas las regulaciones *autoritativas* son disposiciones jurídicas, tampoco todo sistema de tales regulaciones es un orden jurídico. Pero señalar que una disposición es jurídicamente obligatoria, es señalar que es una reglamentación *autoritativa*. Este señalamiento de regulaciones *autoritativas* indica que en tal sociedad existe una institución u organización que pretende autoridad sobre los miembros de la sociedad, que los considera obligados a conformarse a ciertos estándares en virtud, justamente, de que éstos fueron así señalados por la concebida autoridad, con independencia de si existen otros estándares justificativos basados en otros fundamentos. Como es de la verdadera esencia de la pretendida autoridad emitir regulaciones obligatorias con independencia de cualquier otra justificación, se sigue, entonces, que tiene que ser posible identificar tales reglamentaciones sin recurrir a argumentos justificativos, *i.e.* como siendo emitidos por ciertos actos e interpretados a la luz de estándares públicamente determinables sin suponer argumentos morales.

Si el primer argumento de la tesis de las fuentes es que refleja y sistematiza varias distinciones interrelacionadas que se encuentran enclavadas en nuestra concepción del derecho, el segundo argumento penetra más profundamente y muestra que las distinciones y la tesis de las fuentes que las explica ayudan a identificar una subyacente función fundamental del derecho: el proveer estándares públicamente determinables por medio de los cuales los miembros de la sociedad, se considera, están obligados toda vez que ellos no pueden excusar su no-conformidad rechazando la justificación de los estándares. (Aunque, ciertamente, en muchos países están en libertad de cambiarlos.) Ésta es la razón por la cual diferenciamos cuando los tribunales aplican el derecho, *i.e.* aquellos estándares que son públicamente determinables y que obligan por encima de cualquier argumento moral a los litigantes, de la actividad de los tribunales al desarrollar el derecho, fundamentándose en consideraciones morales y en otras consideraciones racionales. Al hacer de esto un criterio de identificación del derecho, la tesis de las

fuentes lo identifica como un ejemplo de un tipo de institución humana de importancia decisiva en la regulación de la vida social.