

Derecho, derechos y democracia: un análisis crítico al positivismo ético*

Sheila Stolz**

1. Introducción

La lista de adjetivos con que en los últimos años viene acompañada la expresión positivismo jurídico parece ser inabarcable y, en se tratando del calificativo *ético*, las razones por las cuáles se lo aplica distan significativamente de los fundamentos presentados por otras versiones de positivismo jurídico para configurar sus modelos teóricos. El empleo del término *ético* –de indudable carga emotiva– pretende demostrar que, al contrario de lo que se suele argüir, el positivismo jurídico no es una teoría insensible al análisis moral de los sistemas jurídicos contestando, por consiguiente, los reproches lanzados desde diferentes ámbitos teóricos y en donde se le acusa al positivismo jurídico de insensibilidad hacia la incorrección moral o mejor, de insensibilidad hacia la inmoralidad o injusticia de un sistema jurídico¹.

* Este artigo é fruto das pesquisas concretizadas no âmbito da Linha de Pesquisa “Teoria do Direito” desenvolvida e aperfeiçoada por mim junto ao *Grupo Transdisciplinar em Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade* (Grupo de Pesquisa do CNPq). Email: sheilastolz@googlemail.com.

** Professora da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Doutoranda em Direito pela Universitat Pompeu Fabra–UPF, Barcelona, Espanha. Mestre em Direito. Coordenadora Geral do Núcleo de Pesquisa, Extensão e Estudos Jurídicos em Direitos Humanos –NUPEJDH (FURG). Pesquisadora integrante do Grupo Transdisciplinar em Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade (Grupo de Pesquisa do CNPq) vinculado ao Departamento de Ciências Jurídicas da FURG.

1 Debate que se hizo muy intenso después de terminada la II Guerra Mundial y en donde se le acusa a la teoría positivista de ser responsable por la barbarie humana habida en este período histórico. Entre los teóricos que más contundentemente critican al positivismo jurídico se destacan: 1) RADBRUCH, 1971, pp. 1-22; y, 2) FULLER, 1964.

Por tanto, las páginas que siguen, tratarán de un particular tipo de positivismo que hace ya muchas décadas se ha dado el nombre de *ideológico* y que, en los últimos años –particularmente en el ámbito anglosajón-, viene siendo nombrado de *axiológico*, *normativo* o *ético*. Entre los autores anglosajones vinculados a esta posición minoritaria respecto al positivismo jurídico se destacan los nombres de Tom Campbell, Jeremy Waldron², Neil MacCormick³ y Jeffrey Goldsworthy⁴. Y es precisamente sobre la obra de Campbell que pretendo trazar algunos análisis puntuales. Justifico esta posición metodológica con base en el hecho de que es el profesor australiano el autor que con más ahínco ha defendido la necesidad de retomarse los fundamentos teórico-filosóficos de los orígenes del positivismo jurídico anglosajón con el intuito de formular de modo coherente, objetivo y completo las tesis del llamado positivismo ético o normativo. No obstante, antes de adentrarme en los planteamientos de este matiz de positivismo, creo importante proceder con algunos esclarecimientos previos.

La categorización del positivismo jurídico como ideología aparece de las manos de Bobbio cuando de la afortunada distinción que el jurista italiano propuso entre los distintos modelos de positivismo jurídico. El positivismo jurídico como ideología es aquel aporte teórico que confiere al Derecho *que es* un valor positivo por el sólo hecho de existir. Y, aunque algunas veces tiende Bobbio⁵ a identificar las dos vías argumentativas de positivismo ideológico, ellas pueden ser caracterizadas y distinguidas de la siguiente forma: una extrema y una moderada. La primera, es aquella teoría que defiende que el Derecho positivo, por el mero hecho de existir, es justo y, por ende, se le debe obediencia con independencia de su contenido. La segunda, es aquella versión que afirma que, independiente del valor moral de las normas jurídicas el Derecho sirve para la obtención de ciertos fines deseables y, por ende, condiciona la obediencia al Derecho a dos circunstancias: a la salvaguardia de ciertos valores superiores y esenciales como la libertad y la dignidad humana – lo que conlleva solamente a requerir la obediencia *prima facie* al Derecho – y el cumplimiento de al-

2 Véase del autor: 1) WALDRON, 2001 y 1999, pp. 166-168.

3 MACCORMICK, 1989, pp. 184-193.

4 GOLDSWORTHY, 1990, pp. 449-486.

5 BOBBIO, 1961, pp. 154, 268, 270 y 273-277.

gunos fines como la certeza, el orden, la justicia formal, la paz. Condiciones que, a decir de Bobbio, fundamentan el conjunto de postulados éticos del positivismo jurídico. Desde mi punto de vista esta *ideología* positivista, por tanto, aprecia ciertos valores que el Derecho debe realizar pero que no son immanentes a todo Derecho, sino sólo, a algunos Derechos y que se estructuran en mayor o menor medida de conformidad a las exigencias básicas del *Rule of Law* o de los Estados democráticos constitucionales.

Tal cual mencionado en los párrafos precedentes es esta *ideología* positivista que Campbell pretende retomar como fundamento del positivismo jurídico ético. Para este modelo teórico ya no importa más que las tesis positivistas sean conceptuales o descriptivas, sino todo lo contrario. Desde las hileras del positivismo ético se aboga por su carácter prescriptivo, eso es, por los fundamentos morales y políticos por los que vale la pena defender el positivismo jurídico y que están en la base de las afirmaciones sobre el Derecho. Valores como la democracia, la salvaguardia y maximización de la autonomía individual, de la certeza jurídica, de la estabilidad institucional y de la protección de los derechos. En definitiva, el debate en cuestión se centra ahora en la realidad del Derecho y en prescribir cómo *debe ser* la legislación, cómo *deben proceder* los legisladores, cómo *debe ser* desarrollada la tarea de los intérpretes judiciales, cómo *debe ser* ejercida la interpretación jurídica y cuál *debe ser* el lugar de los derechos humanos en los sistemas jurídicos contemporáneos. Temas que serán desarrollados y analizados en este *paper*.

2. Los planteamientos teóricos del Positivismo Ético: razones para su defensa

2.1. Un primer acercamiento al Positivismo Ético

Para afrontar la labor de explicación y embasamiento del positivismo ético empieza Campbell demostrando que es falaz la conocida asunción positivista de que el estudio del Derecho debe estar limitado a su existencia y no a sus méritos. Dicho error adviene, según Campbell, de la insistencia positivista en afirmar que la teoría del Derecho natural niega la distinción lógica entre descripción y prescripción. Y, con el intuito de poner en tela de juicio dicha distinción, él autor traza la diferencia entre prescripciones relativas al contenido del Derecho y prescripciones relativas a su forma, concluyendo que el positivismo jurídico puede y

debe presentar una propuesta de lo que *debe ser* el Derecho respecto a su forma. Así, para Campbell, nada obsta que el positivismo jurídico sea una aproximación teórica que identifique los beneficios sociales y políticos de un sistema de normas que puede ser seguido y administrado de manera que no dependa de la evaluación moral de su contenido por aquellos que las crean, siguen y administran.

Con base en estos argumentos preliminares, asevera Campbell, que uno de los principales problemas del positivismo descriptivo es creer que la tesis de que el Derecho es un conjunto de normas que se identifica, comprende y aplica mediante el conocimiento técnico de los aplicadores del Derecho es capaz de conseguir, por sí sola, mantener el Derecho al margen de los desacuerdos morales y políticos vivenciados cotidianamente. Pues, como muy bien ya había resaltado Hart⁶, todo el modelo teórico que ignora la inteligibilidad y significado del Derecho manifestado por aquellos que operan y son afectados por sus estructuras normativas, presenta una caracterización insatisfactoria de ésta institución social compleja que es el Derecho. Asimismo, piensa Campbell, que nadie objetaría que los operadores jurídicos son conscientes de que las decisiones jurídicas dependen de una multitud de factores que no vienen dados sólo y exclusivamente por las normas jurídicas relevantes. Apoyado en esta aseveración hartiana, alega él autor, que cualquier caracterización del Derecho como un sistema completamente autónomo de normas es defectuosa en tanto que ejercicio descriptivo y que, por tanto, es fácil de entender por qué se considera que el positivismo jurídico debe ser, para muchos teóricos, una teoría descartada. Aún más cuando se lo acusa de que tan poco ha logrado aceptar y dar cuenta del giro teórico que supuso el modelo interpretativo⁷ para la filosofía y teoría del Derecho y que trajo a la luz el papel crucial de los jueces y de la cultura jurídica en la adscripción de sentido y significado a algunas normas que, por sí mismas, son compatibles con un número infinito de diferentes interpretaciones. En resumen, concluye Campbell, que al positivismo jurídico no sólo se le imputa ser una falsa teoría, sino que se dice también que es un modelo teórico pernicioso porque protege intereses atrincherados haciendo con que los jueces y tribunales en nada sean receptivos a las necesidades de cambio social y de bienestar de los grupos menos favorecidos y/o oprimidos.

6 Véase más en: HART, 1963, capítulo II.

7 Acá se está haciendo referencia a la teoría jurídica desarrollada por Ronald Dworkin.

A juicio de Campbell, este escenario de críticas y acusaciones puede ser modificado sensiblemente si se adopta una nueva configuración para el positivismo jurídico que ya no es más la de proporcionar preponderantemente instrumentos descriptivos, sino caracterizar y recomendar cómo deben ser el Derecho y los sistemas jurídicos de los Estados de Derecho democráticos. Si el positivismo jurídico asume la postura de una teoría normativa sus inadecuaciones descriptivas no serán necesariamente absurdas o falsas y los perjuicios ideológicos alegados en su contra pueden ser, a partir de entonces, abiertamente confrontados, valorados y contestados. Sucintamente, los desaciertos y errores descriptivos no pueden servir como coartada para negar el esfuerzo prescriptivo, a menos que los primeros demuestren, ineludiblemente, la impracticabilidad de los últimos, conclusión a que Campbell se empeñará en combatir y desacreditar desde su personal rescate del positivismo jurídico que no pretende ser, además, la única lectura posible de esta concepción de Derecho que presenta diferentes combinaciones y énfasis.

2.2. Rehabilitando el positivismo jurídico: breves observaciones sobre las relaciones entre el derecho y la moral

Como el positivismo ético requiere primeramente de justificación en términos morales y políticos trata Campbell de demostrar que desde el positivismo clásico heredado de Bentham y Austin⁸ se puede atribuir un profundo propósito moral a la teoría positivista y que ello, además, no es incongruente con sus propias premisas. Sin embargo, como bien sabe Campbell, esta aserción debe afrontar la notoria asunción de que el positivismo jurídico no permite, o no puede permitir, que ninguna valoración del Derecho entre en el núcleo del modelo teórico sin que contradiga, en efecto, no sólo su premisa distintiva –aquella relativa a la distinción entre la moral y el Derecho–, sino también, que incida en una cierta forma de iusnaturalismo.

De acuerdo con el profesor australiano pueden ser dadas dos respuestas a esta clásica asunción, a saber: la primera, es que los juicios morales a que los positivistas clásicos buscaban soslayar eran aquellos concernientes al contenido adecuado del Derecho y no aquellos que

8 Teóricos que además de discrepar de la tradición de los sistemas de *common law* –en los que se le atribuye a los jueces el desarrollo del Derecho–, abogaban por el incremento del Derecho codificado y por una teoría moral firmemente objetivista fundada en la ética utilitarista (temas sobradamente conocidos).

tratan de dar razones para que el teórico del Derecho se comprometa con un estudio científico y libre de valoraciones del Derecho. La segunda respuesta, es aquella que alega que los elementos científicos del positivismo ético no tienen, como preocupación precipua, demostrar su existencia real, sino más bien, señalar la viabilidad teórico-práctica de proponer un modelo ideal de Derecho que se funde en un sistema jurídico valorativamente neutral tanto en lo que corresponde al proceso de creación normativa y de elección de decisiones requeridas a los participantes para operar en tal sistema –por ello la recomendación prescriptiva a los legisladores que eviten crear normas que insten a que se recurra a la moral–; como en el modo cómo estas circunstancias se relacionan con el reconocimiento y aplicación del Derecho.

Resumidamente, el positivismo ético mantiene la posición positivista de que hay malos Derechos que son Derechos, aunque no acepte la legitimidad de aquellos sistemas jurídicos cuyos contenidos son particular y sustancialmente ignominiosos, injustos e inmorales⁹. Asimismo, resalta Campbell, que es cierto que la conocida aserción - “hay malos Derechos que son Derechos independientemente de que sean injustos”- conlleva a la conocida caricatura que se hace del positivismo jurídico como una teoría amoralista o, incluso, inmoral, puesto que ella requiere obediencia absoluta por parte de los ciudadanos y jueces con independencia de cuál sea el contenido moral de la norma jurídica en cuestión, una posición que para nada es compatible con la práctica cada vez más aceptada de llevar a juicio a aquellos que fracasan en su deber moral de desobedecer normas jurídicas injustas. Y, si bien es verdad que el positivismo ético no postule que el Derecho, para ser Derecho, deba satisfacer ciertos fines morales en su contenido o en su forma, dicha teoría tampoco defiende una exigencia de obediencia absoluta, ciega e irreflexiva al Derecho no obstante enfatice el hecho de que la permisión de actuar sobre la base de un derecho moral a desobedecer el Derecho que cada sujeto piensa o cree que es injusto, si fuera largamente seguida, enflaquecería el Derecho como sistema normativo que, por medio de la conformidad a sus normas, tiene la pretensión de resolver conflictos, ordenar la convivencia y promover la cooperación intersubjetiva¹⁰.

9 CAMPBELL, 1996, pp. 7 y 97-101.

10 Véase del autor: *Obligation: Societal, Political and Legal*. In: HARRIS, 1990.

Ahora bien, cabe retomar, desde la perspectiva del positivismo ético el enfrentamiento a la cuestión de las relaciones entre el Derecho y la moral. La primera relación que pueden implementar el Derecho y la moral está asociada a la *tesis conceptual de la separabilidad* (Derecho y moral pueden estar separados) de acuerdo con la cual no hay relación necesaria entre el Derecho y la moral¹¹. Expresada de otra manera, tal tesis afirma que ambos sistemas normativos –Derecho y moral– pueden ser identificados y analizados en sus propios términos y sin referencias recíprocas. Pero, como es notorio, dicha tesis viene siendo matizada por los defensores de algunos modelos de positivismo jurídico¹², creo yo, con la intención de salvaguardar la viabilidad teórica de este modelo. Y quizá, sea por éste motivo, que el positivismo ético busca corroborar la tesis del positivismo incluyente o inclusivo cuando subraya que un sistema jurídico puede o no incorporar la moral en su regla de reconocimiento, sin embargo no deja de enfatizar que dicha pretensión es secundaria con respecto a su tesis fundamental de que un sistema jurídico *no debe* incluir criterios morales en sus fuentes. Con base en lo antedicho se puede deducir además, que la tesis prescriptiva abogada por el positivismo ético¹³ lo aproxima del positivismo jurídico duro o excluyente, lo que lo hace, sin duda, una teoría más afín y consistente con las premisas positivistas¹⁴. Tales consideraciones conducen, por otra parte, al segundo tipo de relación entre la moral y el Derecho, el modelo empírico.

Insiste Campbell que la tesis conceptual de la separabilidad no puede ser confundida con el punto de vista de que la moral y Derecho son fenómenos empíricos distintos, puesto que no sólo es innegable que ambos sistemas normativos interactúan, sino que ningún positivista negaría la existencia de una superposición contingente entre el contenido y las funciones de la moral de una cierta sociedad y su Derecho. La tesis de la separabilidad no es, por tanto, una tesis de la separación, ya que en efecto consiste en aserciones sobre las interacciones y límites reales de separación entre ambos sistemas. Y, como muchos positivistas aceptan

11 He analizado más detenidamente dicha tesis en: STOLZ, 2007, pp. 101-119, pp. 110-113. Hart aborda las relaciones entre el Derecho y la moral en: 1) HART, 1963, p. 253 y 1958, pp. 593-629, pp. 593-601.

12 Entre ellos, por ejemplo, Jules Coleman, Wilfrid Waluchow, Matthew Kramer, Kenneth Einar Himma.

13 CAMPBELL, 1996, pp. 69-91.

14 El positivismo jurídico es fundamentado en tres tesis básicas, a saber: 1) la tesis separación conceptual entre el Derecho y la moral; 2) la tesis de las fuentes sociales del Derecho; y, 3) la tesis de la discrecionalidad.

que algunos sistemas jurídicos no sólo incorporan, como pueden incorporar formalmente criterios morales, piensa Campbell, que no cabe al positivismo ético construir aserciones empíricas sobre la separación real entre el Derecho y la moral sea en lo que dice respecto a las fuentes del Derecho, sea en relación con las funciones sociales de ambos sistemas normativos, sino sólo preconizar que es viable en la práctica lograr que se establezca un grado razonable y significativo de separación entre la moral y las actividades jurídicas de aquellos autorizados a implementar las normas jurídicas¹⁵.

Este último argumento nos remite al modelo prescriptivo de relación entre el Derecho y la moral y desde cuya perspectiva se puede identificar el positivismo ético como un planteamiento teórico que requiere algo más que la mera tesis de la separabilidad puesto que defiende que no sólo puede, sino que debe haber una clara separación entre el Derecho y la moral en la práctica del Derecho. Y como Campbell es sabedor de que una tesis que tuviera la pretensión de recomendar que no debe haber superposición entre el contenido del Derecho y el de la moral en la práctica del Derecho, acabaría por tener un alcance puramente conceptual y muy limitado, subraya que el positivismo ético aboga por la tesis de la *separación prescriptiva*, eso es, por una tesis que dispone que la regla de reconocimiento no debe contener o debe estar lo más alejada posible de los términos que instan al juicio moral. En definitiva, defiende el cambio de lo que hoy en día es habitual¹⁶ -dado la forma como se han estructurado los sistemas jurídicos contemporáneos que suelen tener en su estructura constituciones plagadas de valores- y cree que de esta forma mantiene la coherencia de sus planteamientos.

2.3. La interpretación jurídica y los ideales prescriptivos

No restan dudas a Campbell que una de las precondiciones para la realización de su modelo teórico es la buena fe de los aplicadores del Derecho, pues sólo cuando los jueces y tribunales se sienten realmente comprometidos con los ideales positivistas y equipados con normas jurídicas que tienen niveles satisfactorios de claridad, precisión y comprensibilidad en términos de las prácticas lingüísticas de la comunidad a

15 CAMPBELL, 1996, pp. 71-72.

16 Ídem, p. 03.

las cuáles van dirigidas, ellos pueden alcanzar un sistema positivista de Derecho. Y como las normas jurídicas sólo tienen significado y sentido en términos de convenciones lingüísticas de la comunidad relevante, se puede decir que la ética del positivismo ético no se refiere sólo y exclusivamente a argumentos que expliquen y justifiquen la creación de normas positivamente buenas como fuentes preferentes de Derecho pero, también, a la conducta y el método de aquellos que están implicados en la administración de tal sistema. Pues, aún sabedor de que las palabras contenidas en los textos jurídicos pueden producir, como de hecho suscitan, muchas perplejidades e incertidumbres, cree Campbell que la interpretación de tales textos puede ofrecer al menos la oportunidad de que se concreten acuerdos acerca de lo que es que requiere el Derecho. Dicha preferencia reposa en consideraciones de legitimidad democrática y, es por ello, además, que él autor defiende que cabe a los jueces y tribunales identificar y desarrollar un modo de interpretación del texto autoritativo que sea capaz de encontrar el significado dado al texto legal. En otros términos, los jueces y tribunales deben mostrar respeto por las palabras contenidas en el texto legal, puesto que ellas han sido debatidas y votadas de conformidad con los procedimientos formales establecidos para la creación, votación y aprobación de las leyes.

Otro recelo manifiesto del positivismo ético y que sigue teniendo, si bien desde un punto de vista distinto, consideraciones democráticas¹⁷ y más generales referidas al *Rule of Law* dice respeto a las cartas o declaraciones de derechos que a menudo lucen y despliegan su positivación utilizándose de términos vagos, ambiguos e indeterminados que dan oportunidad a constantes excepciones y que acaban desplazando toda la responsabilidad legislativa a las futuras interpretaciones de los tribunales. Según Campbell, nadie puede negar que el discurso y alcance de los derechos humanos y fundamentales no se circunscribe solamente a limitar la inserción del Estado en la autonomía moral de los ciudadanos o vigilar el cumplimiento, por parte de los gobiernos y de terceros, de determinados derechos, sino que éstos derechos encierran, en nuestras sociedades, algunas de las disputas políticas más polémicas y exacerbadas y, en algunos casos, insuperables, tales como aquellas que tratan del derecho a la vida con relación a la legalización o no del aborto, el derecho a elegir la propia muerte (eutanasia) con relación a la

17 CAMPBELL, 1996, pp. 177-180.

inalienabilidad del derecho a la vida¹⁸, el derecho a la huelga con relación a la manutención de las actividades esenciales, el derecho a la libre elección del trabajo con relación a los límites impuestos a las actividades que el Estado considera atentatorias a la dignidad humana¹⁹.

No obstante todas estas consideraciones, cree Campbell, que una buena parte de los problemas indicados puede ser remediado, máxime en aquellos casos que engloban a ciertos derechos humanos básicos que corrientemente son aceptados por los gobiernos y por la comunidad política – en que pese no siempre sean respetados –. Pero, sean o no dichos derechos básicos más o menos aceptados, él autor²⁰ no dispensa la recomendación de que los legisladores doten de precisión lexicográfica a las normas de derechos humanos y fundamentales como forma de evitar que los jueces y tribunales (cuyo papel es aplicar y hacer cumplir las normas) sean los que definitivamente confieran significado y precisión (aunque de una forma *ad hoc* a través, por ejemplo, de los precedentes judiciales) a las normas referentes a los derechos en cuestión.

Conforme lo susodicho, en su forma prescriptiva, el positivismo jurídico no es imparcial cuanto a recomendar que se confiera prioridad lexicográfica a las normas de derechos humanos y fundamentales en caso de conflicto con otras fuentes del Derecho, sin embargo, con respeto a los argumentos basados en la democracia a favor y en contra de atrincherar dichas normas, procura ser neutral. Pero, si lo tengo bien entendido, creo que la explicación de Campbell²¹ no es neutral – tal y como afirma él autor – ya que presenta un abanico de consideraciones contrarias a conceder el estatus de atrincheramiento a aseveraciones de derechos que considera inespecíficos y desprovistos de límites.

La primera consideración, de acuerdo con él autor, tiene que ver con los arreglos institucionales, eso es, con las innumerables controversias y

18 Sobre eutanasia véase, entre otros, FEINBERG, 1990, pp. 61-88.

19 Discusión llevada a cabo, por ejemplo, en el famoso caso del “lanzamiento de enanos”. He tratado de este tema en otra oportunidad, véase en: 1) STOLZ, Sheila. La inalienabilidad de los derechos humanos y el caso del lanzamiento de enanos. Artículo «*forthcoming*» y aceptado para publicación en la *Revista de la Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: ISBN 0101-1480; y, también en el artículo 2) STOLZ, Sheila. Lo que se globaliza y lo que no se globaliza: algunas acotaciones sobre la Globalización y los Derechos Humanos. Artículo «*forthcoming*» y aceptado para publicación en la *Revista Jurídica*. Rio Grande: ISSN 1413-3571.

20 CAMPBELL, 1994, pp. 195-212, p. 195.

21 CAMPBELL, 1996, pp. 162-163 y 184-185.

desacuerdos y con las necesarias negociaciones que este tipo de derecho suele generar tan luego se realicen los primeros intentos de concretarlos o de aplicarlos al caso concreto. Otra consideración, más robusta, dice respeto al mensaje esencialmente antidemocrático que transmite el atrincheramiento de los derechos fundamentales. Este mensaje antidemocrático tiene raíces históricas manifestadas en la preocupación de que los procedimientos legislativos puedan servir como instrumento para que las mayorías expresen su tiranía y traspasen los límites determinados por los derechos individuales o de las minorías²². Este temor de orígenes históricos es tan extendido que, en la cultura política contemporánea, es usual encontrar vehementes defensores²³ de la necesidad de establecer límites atrincherados constitucionalmente a las decisiones legislativas. Por ello, el atrincheramiento representa, desde el punto de vista del positivismo ético, un mensaje antidemocrático – en el sentido de que éste modelo no considera a las mayorías capaces de pensar y votar en términos de derechos humanos y fundamentales –. En otras palabras, el atrincheramiento no reconoce, a juicio de Campbell²⁴, la autonomía de los individuos y/o su valor igual, ni aprecia la necesidad de atender las necesidades básicas de cada uno de los miembros de las sociedades democrático liberales a quienes está destinado dicho atrincheramiento.

Eso puesto, creo yo, sigue sin presentarse una respuesta firme a la pregunta sobre qué hacer ante los espacios jurídicamente abiertos – sean ellos los defectos lingüísticos y semánticos, sean aquellos que remiten a la moral y que existen en todo y cualquier sistema jurídico actual –. Si no he entendido erróneamente la esparza y compleja argumentación de Campbell²⁵ sobre la interpretación jurídica él, además de resistirse a aceptar la inclusión de premisas morales – y, por supuesto, de los aportes dworkinianos –, propone una serie de criterios de razonamiento a ser seguidos por los intérpretes.

22 Aunque Campbell critica la visión de Dworkin de los derechos como “cartas de triunfo” (sobre este tema véase las obras dworkinianas relacionadas a seguir) es Waldron quien le dirige las críticas más contundentes, lúcidas y potentes al atrincheramiento de normas o “coto vedado” –el entendimiento de que algunos derechos básicos aíslan ciertos temas de la agenda política ordinaria para ubicarlos en un esfera intangible-. Entre los autores que defienden el atrincheramiento de normas, véase: DWORKIN, 1999 y 1984; FERRAJOLI, 1990, pp. 899-900; RAWLS, 1993, pp. 151, nota 16. En contra el atrincheramiento véase WALDRON, 1993, pp. 18-51 y 1994, pp. 27-41.

23 Véase: BARRY, 1995, p. 95.

24 CAMPBELL, 1996, p. 184.

25 CAMPBELL, 1996, pp. 91, 116-120 y 151-152.

En el primer criterio de interpretación él autor²⁶ da prioridad al ideal del positivismo ético, eso es, entiende que es deber de los intérpretes (jueces, tribunales) identificar de acuerdo con la regla de reconocimiento políticamente autoritativa las normas jurídicas adecuadas al caso concreto y, consecuentemente, cabe aplicarlas como legítimas fuentes del Derecho. Pueden también los intérpretes resolver el caso en cuestión apelando a la fuerza presuntiva de las normas vigentes y a la continuidad, seguimiento y aplicación – siempre y cuando sea posible – de los precedentes judiciales existentes. Se añaden a estos criterios la técnica propuesta a través del ideal *del significado textual claro* y la de decidir de modo *paliativo* a la espera de que se efectúe un cambio en la legislación²⁷. Caso todos estos criterios de interpretación no resuelvan el caso en cuestión, recomienda Campbell que los intérpretes atiendan a la moral social vigente y, caso eso también no sea posible que, en última instancia, ellos actúen como se fueran legisladores, eso es, tomando en consideración razones utilitaristas y de directrices políticas y no sólo de principios.

Si lo tengo bien entendido los primeros criterios de interpretación son frecuentemente aceptados por los juristas y utilizados por los intérpretes judiciales y, como tal, no presentan problemas. La técnica del ideal del significado textual claro consiste en dar un mínimo de espacio o en conceder una autonomía limitada a los jueces – en el sentido de que se restrinjan a desarrollar un análisis meramente semántico o sintáctico de los textos legales-. Sin embargo, el último paso interpretativo, que pienso admite un grado considerable de apelación a la moral (social y crítica) implica el empleo de la discrecionalidad judicial y, en este punto específico, creo que Campbell no es coherente con la tradición que quiere seguir y que sigue, hay que resaltar, cuando defiende el ideal del significado textual claro –. Ideal congruente, además, con la tesis de las fuentes sociales y que sólo tiene sentido si aparta de los criterios de validez jurídica los criterios valorativos y morales que abren la puerta para que los intérpretes empleen la discrecionalidad.

Ahora bien, la posibilidad introducida por el positivismo ético de que los intérpretes echen mano de criterios no meramente formales en sus decisiones judiciales conlleva a otras cuestiones y que igualmente

26 CAMPBELL, 1996, pp. 128-129.

27 Ídem, p. 139.

requieren, por parte de este modelo teórico, respuestas plausibles a las siguientes preguntas: ¿cuál es la ventaja de apelarse primero a la moral social y sólo después a la crítica? o, en otros términos, ¿hay algún valor sustantivo en la propuesta de Campbell que sea capaz de producir más certeza jurídica sólo porque insiste en que primero los intérpretes apelen a la moral social y sólo después a la moral crítica?

La moral social o positiva se refiere al conjunto de convicciones, pautas de conducta y tradiciones morales habitualmente vivenciadas por los miembros de una cierta sociedad – que suelen ser los que detentan el poder – y que creen, muy a menudo, que tales estándares son los correctos para apreciar y juzgar no sólo los comportamientos unos de los otros, sino también, las instituciones sociales. Siendo así, lo más usual de ocurrir es que la moral social ofrezca no una opinión, argumento, razón y criterio uniformes y unívocos sino, por el contrario, un conjunto de todos ellos y que, muy a menudo, son más bien distintos entre sí y muy complejos. Por todo ello, creo que se puede argumentar que ni siempre la sujeción a la moral social es la mejor de las elecciones posibles. Basta, por ejemplo, con sujetar a la opinión pública y mayoritaria temas de naturaleza controvertida como el aborto, la eutanasia, la pena de muerte y ver que nos enfrentaremos no sólo con apreciaciones muy dispares, sino también, muy poco coherentes, razonables y fundamentadas, cuando no injustas. Pero eso no significa, a mi juicio, que no se deba oír y respetar la opinión de la mayoría, ni que los intérpretes, a la hora de juzgar, no lleven en consideración la moral social, sino sólo que ella – moral social – no es necesariamente la mejor moral o la que producirá efectivamente más certeza jurídica como es lo que parece presuponer Campbell. Quizá, lo que desee Campbell, siguiendo la línea argumentativa de Raz, es aislar de forma incisiva la moral crítica del Derecho para que ésta sea la forma efectiva con que no sólo las normas jurídicas consideradas individualmente, sino también, todo y cualquier sistema jurídico, puedan ser apreciados y evaluados. Sin embargo, creo que Campbell, una vez más, no ha sido capaz de presentar razones suficientes para demostrar que los pasos desarrollados por él para la interpretación sean los más adecuados como modelo a seguir.

3. Consideraciones finales

Con base en los argumentos exteriorizados, piensa Campbell, que es posible y viable considerar el positivismo jurídico como un ideal político de los Estados de Derecho, eso es, como un modelo teórico que pretende ser, en primer lugar, un enfoque diferente de las abstracciones generalizadas que buscan capturar los aspectos comunes y generales de todos los sistemas jurídicos. En segundo lugar, este ideal del positivismo ético pretende generar un debate en torno a cuestiones que poseen implicaciones políticas significativas como, por ejemplo, el atrincheramiento constitucional de algunos derechos. Y es por ello que, a decir de Campbell, él acepta el análisis emprendido por Waluchow en el cual éste autor afirma que el positivismo excluyente no puede explicar el Derecho de los Estados que adoptan una declaración de derechos ya que, en estos casos, la moral necesariamente forma parte del Derecho. Sin embargo, dicha aceptación para el positivismo prescriptivo duro no puede equivaler, como para el positivismo incluyente, la admisión de que la moral y el Derecho están entrelazados, sino más bien, todo lo contrario, puesto que sirven como fundamento para rechazar a las declaraciones o cartas de derechos que incitan a lecturas morales. En definitiva, el ideal político y el carácter prescriptivo del positivismo ético pretenden dar razones que justifiquen la obligación jurídica y, precisamente por ello, piensa Campbell que su modelo de cómo debe ser el Derecho para que pueda cumplir con su empresa de guiar las conductas humanas en sociedad es lo más coherente y factible.

De conformidad con lo que fue expuesto, creo que la etiqueta *positivismo ético* se refiere no sólo a una concepción de Derecho, sino también a una concepción de Estado de Derecho cuya sustancia es conforme con los cánones de este modelo de positivismo jurídico. Cánones estos que requieren una justificación subyacente y que se basan en el argumento de que hay razones de conveniencia político-moral para proponer una concepción de Derecho que invita a la separación de este sistema normativo de la moral²⁸. Y es por ello, creo, que dicha vertiente de positivismo refuerza reflexivamente dos bloques de recomendaciones: la primera, muy en la línea de la propuesta fulleriana²⁹ de los ocho elementos constitu-

28 CAMPBELL, 1996, pp. 3-4, 69.

29 FULLER, 1964.

tivos de la moral interna del Derecho, es dirigida a los legisladores y a que ellos procuren: a) estipular normas claras, precisas, coherentes, generales y comprensibles como forma de evitar las antinomias, las imprecisiones lingüísticas, las lagunas y redundancias normativas, eso es, los defectos o las insuficiencias de un sistema que opera sólo o casi exclusivamente mediante normas jurídicas; b) abstenerse, en todo lo posible, de promulgar normas jurídicas que remitan, explícita o implícitamente, a criterios morales y valorativos. La segunda recomendación se centra en la labor de los aplicadores jurídicos que deben – en sentido moral- actuar de conformidad a su rol institucional identificando e interpretando el Derecho de conformidad con los criterios de legalidad y certeza propios de los sistemas jurídicos de constitución positivista prescindiendo de todo el juicio de valor personal sobre el contenido de las normas jurídicas con excepción de los estrictos márgenes en los que ello no es posible³⁰.

De lo antedicho se deduce que el positivismo ético invita a que se estructure el sistema jurídico y la consecuente interpretación jurídica de forma muy aproximada a las exigencias del modelo kelseniano sea cuando exhorta que las Constituciones se abstengan de referencias morales, sea cuando propone³¹ que cabe a las autoridades o órganos judiciales aplicar las leyes conforme su significado, eso es, primando por los criterios o principios de legalidad inmanentes a cualquier sistema jurídico, puesto que es exactamente esta dinámica, a juicio Kelsen, la única capaz de promover la predecibilidad y certeza jurídica que todo Derecho requiere, además de ser la forma que el Derecho hace justicia en el caso concreto.

Es cierto que ante el previsible conflicto con cuestiones de justicia el positivismo suele priorizar, por lo menos a principio, la certeza jurídica. La pujanza de la certeza reside, en general, del conocido argumento positivista que afirma que es más crucial contar con un sistema jurídico cierto en que pese la ocurrencia de algunas injusticias en su aplicación, que con un sistema jurídico esencialmente inseguro. Evidentemente, lo que desean evitar los positivistas es el contramodelo extremo reflejado en la persistente apelación que puedan hacer los jueces a la moral ante cualquier problema interpretativo. En estos casos el temor manifiesto de los positivistas, independientemente de que se postule o no la objetividad de

30 CAMPBELL, 1996, pp. 2-4, 89.

31 KELSEN, 2001, p. 51.

la moral, es que este tipo de interpretación oculte el hecho de que, en la práctica, los intérpretes (jueces y tribunales) acudan, bajo el falso rótulo de moral crítica, a sus propias concepciones morales olvidándose del Derecho democráticamente legislado. Y como actualmente las sociedades plurales y complejas en que vivimos cuentan con un amplio catálogo de derechos y valores fundamentales, nadie diría que una situación como la anteriormente descrita no sucede muy a menudo y que, además, la mayoría de las materias jurídicas dan lugar a soluciones dispares e imprevisibles de antemano. Pero, aunque parte de lo que se haya dicho sea un hecho real, creo que el contramodelo narrado arriba y al que pretende imponerse el positivismo jurídico, nada más es que un fantoche construido por algunos defensores de este modelo teórico para dar fuerza a sus propios argumentos y críticas, ya que una concepción de Derecho seriamente pensada no estaría dispuesta a defender que jueces y tribunales apliquen a los casos concretos siempre, y de forma única y exclusiva, sus propias convicciones morales. Además, tan poco me parece coherente decir que los teóricos positivistas estarían dispuestos a otorgar un valor absoluto a la certeza frente a la pretensión de corrección o justicia interna de los sistemas jurídicos, eso es, un valor de certeza que se sobrepusiera sobre una norma clara pero tajantemente absurda o injusta.

Y como creo que en este último grupo de teóricos se puede incluir a Campbell, no me parece que sus planteamientos sean capaces de suministrar razones suficientes – que no sólo las meramente conceptuales y descriptivas, en efecto las que pretende soslayar o sobreponer – para preferir prescriptivamente el positivismo excluyente tal como lo hace. Pues, si el Derecho de los Estados de Derecho tiene, aunque suponiendo que sea de una forma muy delimitada, pretensiones de corrección moral como la aludida en el párrafo anterior, eso acaba por constreñir – desde mi personal punto de vista – a los positivistas éticos o normativos a defender alguna forma, por más tenue que sea, de positivismo incluyente y que es de hecho, lo que acaban haciendo.

Ahora bien, si el auge del constitucionalismo, la incorporación de la moral en el Derecho y las formas de interpretación – sean ellas extensivas o que hacen anclaje en consideraciones valorativas – son un hecho innegable, también es indiscutible que la utilización de tales conceptos implica, además de una renuncia del legislador a introducir propiedades descriptivas en todas las normas, una remisión a que sean los aplicadores

del Derecho – cuando de la resolución de conflictos – que esclarezcan las normas sea acudiendo a las convenciones interpretativas vigentes en una determinada colectividad, sea apelando a consideraciones basadas en juicios de valor. Y, en efecto, son estas circunstancias que hacen que el argumento de la certeza tenga, por así decir, un valor relativo y no absoluto. Además, si las afirmaciones anteriores son verdaderas, pienso que se puede argüir que la debilidad del positivismo ético estriba en que este modelo resulta ser irrelevante o mejor dicho, resulta ser una teoría que no explica adecuadamente ni los sistemas jurídicos, ni las prácticas interpretativas llevadas a termo en los Estados de Derecho Democráticos constitucionales. Quizá, la defensa del positivismo ético puede ser hecha contraargumentando que no pretende describir como son los sistemas jurídicos y las prácticas interpretativas, sino sólo, prescribir cómo *deben ser*. Bien, creo que esta puede ser una respuesta plausible, sin embargo, el positivismo ético sigue sin conseguir ultrapasar el obstáculo interpuesto por el siguiente interrogante: ¿un sistema jurídico desarrollado que operara siempre atrincherando normas con perfecta autonomía semántica respecto de sus razones subyacentes sería autosuficiente? Pienso que no, pues creo que un sistema tal padecería de ciertas insuficiencias y estaría predestinado a cometer excesos. No obstante, esta afirmación no tiene equivalencia con la presunta renuncia al rol de fuerza *prima facie* que juegan las normas jurídicas en el razonamiento judicial, sino sólo, considera que también ciertos estándares valorativos juegan y seguirán juzgando – por más que se prescriba el contrario- un crucial papel en la identificación y aplicación del Derecho de los sistemas jurídicos de los Estados de Derecho democráticos.

Referencias bibliográficas

- BARRY, Brian. *Justice as Impartiality*. Oxford: Oxford Clarendon, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico* (Lezioni di filosofia del diritto raccolte dal Dott. Nello Morra). 2ª ed. Torino: Cooperativa Libreria Universitaria Torinese, 1961.
- CAMPBELL, Tom. *Obligation: Societal, Political and Legal*. In: HARRIS, P. (ed.), *On Political Obligation*. Londres: Routledge, 1990.
- _____. *Democracy, Human Rights and Positive Law*. *Sydney Law Review*. Sydney: n.º 16, 1994, pp. 195-212.

- _____. *The Legal Theory of Ethical Positivism*. Aldershot: Dartmouth, 1996.
- DWORKIN, R. Rights and Trumps. In: WALDRON, Jeremy WALDRON (ed.), *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.
- _____. *Los derechos en serio*. 4ª ed. Traducción de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1999.
- FEINBERG, Joel. Eutanasia voluntaria y derecho inalienable a la vida. *Anuario de Derechos Humanos*. Madrid: n.º 7, 1990, pp. 61-88.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. 2ª ed. Roma/Bari: Laterza, 1990.
- FULLER, L. L. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1964.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey. The Self-Destruction of Legal Positivism. *Oxford Journal Legal Studies*. Oxford: vol. 10, n.º 4, invierno, 1990, pp. 449-486.
- HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*. Cambridge/MA: vol. 71, n.º 4, febrero, 1958, pp. 593-629.
- _____. *El Concepto de Derecho*. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.
- KELSEN, Hans. *¿Qué es la justicia?*. 13ª ed. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. México: Distribuciones Fontamara, 2001.
- MACCORMICK, Neil. The Ethics of Legalism. *Ratio Juris*. Bologna: Vol. 2, n.º 1, 1989, pp. 184-193.
- RADBRUCH, Gustav. Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes. In: RADBRUCH, G. (ed.), *Derecho injusto y derecho nulo*. Traducción de José María Rodríguez Paniagua Madrid: Aguilar, 1971, pp. 1-22.
- RAWLS, J. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.
- STOLZ, Sheila. *El Positivismo Jurídico Inclusivo: una presentación del debate contemporáneo*. 2003. 167 f. Disertación (Mestrado en Derecho), Curso de Derecho, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona/España, 2003.
- _____. Um modelo de Positivismo Jurídico: O Pensamento de Herbert Hart. *Revista Direito GV*. São Paulo: vol. 3, n.º 1, jan-jun, 2007, pp. 101-119.
- _____. La inalienabilidad de los derechos humanos y el caso del lanzamiento de enanos. Artículo «forthcoming» y aceptado para publi-

cación en la *Revista de la Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: ISBN 0101-1480.

_____.Lo que se globaliza y lo que no se globaliza: algunas acotaciones sobre la Globalización y los Derechos Humanos. Artículo «*forthcoming*» y aceptado para publicación en la *Revista Júris*. Rio Grande: ISSN 1413-3571.

WALDRON, J. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*. Oxford, n°.13, 1993, pp. 18-51.

_____.Freeman's Defense of Judicial Review. *Law and Philosophy*. New York: n°.13, 1994, pp. 27-41.

_____.*Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____.Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, J. (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

Recebido em junho/2008

Aprovado em abril/2009