

Volviendo a lo básico: el debate Hart – Fuller

Haciendo algo de historia

La polémica entre iusnaturalistas y positivistas adoptó en su origen la siguiente forma. Los primeros sostenían que el derecho debía poseer cierto contenido, el cual era extraído del derecho natural, puesto que su carácter mismo de derecho dependía de ese contenido. Si el contenido jurídico no coincidía con los postulados morales reflejados en el derecho natural, entonces no era derecho, o no era –al menos– derecho válido. Esta es la posición iusnaturalista que aparece en la filosofía clásica con Aristóteles, quien sostenía que el justo es aquel que se conforma a las leyes, el que vive conforme a las leyes y a la equidad. Dado que lo que el legislador determina es conforme a las leyes, cada una de estas prescripciones es justa, puesto que una de las metas de las leyes es el bien común, de manera conforme a la virtud.¹ La idea continúa en el medioevo con Tomás de Aquino, quien pensaba que el derecho natural es una obra adecuada a un hombre por la naturaleza misma de la cosa, es lo adecuado o proporcionado a otro por su naturaleza.² La misma idea reaparece luego en las obras de Grocio y Pufendorf. En el primero, cuando caracteriza el derecho como aquella regla de las acciones morales que nos obliga a aquello que es bueno y recomendable. Así, el derecho natural es la regla o dictado de la recta razón, que nos muestra la deformidad o la necesidad moral que existe en todo acto, y es lo que convierte a esos actos en prohibidos o en ordenados por Dios.³ En el segundo, por su parte, cuando caracteriza el derecho natural como aquel que se ajusta a la

¹ ARISTÓTELES, *The Nicomachean Ethics*, trad. David Ross, Oxford University Press, 1998, 1129 b.

² TOMAS de AQUINO, *Suma Teológica*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1948, tomo XI, II-II, artículos 2 y 3.

³ HUGO GROTIUS, *The Rights of War and Peace*, Indianapolis, Liberty Fund, 2005, Libro Primero, capítulo 1, pp. 148-151.

naturaleza racional y sociable del hombre, cuya sociedad honesta y pacífica no puede mantenerse sin él entre los seres humanos, y que proviene de Dios.⁴

Como puede verse, lo importante para estos cuatro autores consistía en el contenido del derecho, el cual debía coincidir, o aproximarse, al contenido del derecho natural. Los cuatro sostenían, así, una teoría de derecho natural sustantivo. Esta es —entonces— la idea que debían enfrentar los positivistas, oponiéndole la propia; Hobbes fue el encargado de hacerlo. La idea de Hobbes es muy sencilla: no hay más derecho que el derecho positivo, y no hay más moral que la que surge del derecho positivo. Dice:

La ley civil es para todo súbdito el conjunto de reglas que la república le ha ordenado, mediante palabra, escritura u otro signo bastante de la voluntad, utilizar para la distinción de lo justo y lo injusto.⁵

No solo el derecho se equipara con el derecho positivo:

Sucedé también que las leyes son la regla de lo justo y lo injusto, no siendo reputado injusto nada que no sea contrario a alguna ley.⁶

Sería imposible, por lo tanto, intentar una crítica moral del derecho positivo, puesto que los criterios morales provienen del propio derecho positivo. Por eso Hobbes explica que

por buena ley no quiero decir ley justa, pues ninguna ley puede ser injusta.⁷

Esta doctrina es conocida como positivismo ideológico y no creo que nadie la haya sostenido de una forma tan extrema después de Hobbes; ciertamente, nadie la sostiene en la actualidad, ni la sostenía al momento del debate entre Hart y Fuller. El debate histórico, entonces, se planteó entre estas dos doctrinas: el derecho natural sustantivo, por una parte, y el positivismo ideológico, por la otra. Nada de esto ocurre con el debate que voy a examinar ahora.

Es interesante hacer notar que ni Hart era un positivista ideológico, ni Fuller un iusnaturalista sustantivo. El primero era un positivista jurídico y el segundo

⁴ SAMUEL PUFENDORF, *The Whole Duty of Man, According to the Law of Nature*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003, pp. 52 y 57.

⁵ THOMAS HOBBS, *Leviatán*, Madrid, Editora Nacional, 1979, capítulo XXVI, p. 347.

⁶ HOBBS, cit., cap.XXVI, p. 347.

⁷ HOBBS, cit., cap.XXX, p. 418.

un iusnaturalista formal, y las diferencias entre ambos son fácilmente discernibles. Hart pensaba que el derecho positivo podía describirse sin ayuda de la moral, mientras que Fuller creía que el derecho positivo, para ser tal, debía contener ciertos principios formales, independientes de su contenido. Paso ahora –entonces– a los detalles de ambas posiciones.

Presentando las posiciones en pugna: Hart

a) Las tesis del artículo.

El debate comienza con el artículo que Hart publica en 1958, resultado de una conferencia pronunciada en la Universidad de Harvard. En una nota al pie de página de ese trabajo,⁸ él distingue entre cinco tesis diferentes que pueden ser adscriptas al positivismo:

- 1) Las leyes son órdenes provenientes de seres humanos. Esta es la idea asociada con la filosofía del derecho de Bentham y Austin, que Hart –junto con Kelsen– contribuyó decisivamente a refutar, y es una idea ajena al debate que va a ocuparnos, pese a un intento de Fuller de mostrar lo contrario.
- 2) No existe una conexión entre el derecho y la moral, o entre el derecho como es y el derecho como debería ser. Este sí es el tema que va a constituir el centro del debate en examen.
- 3) El análisis y estudio del significado de los conceptos jurídicos es una tarea que merece la pena de llevarse a cabo, tarea que debe distinguirse de las investigaciones históricas y sociológicas. Esta no es una idea exclusiva del positivismo jurídico, y no resulta tampoco relevante para el debate.
- 4) El sistema jurídico es un sistema lógico cerrado, y las decisiones jurídicas correctas pueden ser inferidas por medios lógicos de reglas jurídicas predeterminadas. Más allá de que también esta idea es irrelevante para el debate, no creo que Hart esté en lo cierto cuando la identifica como una tesis positivista, puesto que ella parece una tesis más propia del formalismo jurídico.

Los juicios éticos no son ni verdaderos ni falsos. A diferencia de lo que piensa Hart, y que luego veremos, yo creo que esta sí es una tesis positivista y que incide de manera importante en el debate.

⁸ H. L. A. HART, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, vol.71 (1958), pp. 593-629.

En resumen, de las cinco tesis que Hart menciona como propias del positivismo, la 2 es la central para el debate. También la 5 es parte del mismo, pero en otro nivel: la 5 es necesaria para sostener la 2. Las otras tesis podemos confiadamente obviarlas.

b) Los argumentos de Hart

Veamos la forma en que Hart encara la defensa de la 2. Él la atribuye a las concepciones utilitaristas de Bentham y Austin, quienes distinguían entre el derecho que es y el derecho que debe ser, pero esta es una simple observación histórica, indudablemente correcta, pero que requiere esta aclaración: la tesis nació del pensamiento utilitarista, pero el utilitarismo no es condición necesaria ni suficiente de ella, puesto que un filósofo del derecho positivista no está obligado a adherir a los postulados éticos del utilitarismo.

Hart cree que si abandonamos esta tesis corremos un peligro doble: en un extremo, el peligro de que la autoridad del derecho se disuelva en la concepción de lo que el derecho debería ser, esto es, el peligro de caer en el derecho natural; en el otro extremo, el peligro de que el derecho existente reemplace a la moral como el criterio final de la conducta, esto es, el peligro de caer en el positivismo ideológico. Desde un principio, entonces, Hart rechaza las dos posturas del debate primitivo, y coloca al positivismo jurídico entre los dos extremos que él considera perniciosos. Así lo habían entendido también Bentham y Austin, quienes sostenían, primero, que en ausencia de una previsión legal o constitucional, no se sigue del hecho de que una regla viole criterios morales que ella no es una regla de derecho, y segundo, que del mero hecho de que una regla sea moralmente deseable no se sigue que ella sea una regla de derecho. Y Hart piensa lo mismo, ya que sostiene que las normas que confieren derechos no necesitan ser reglas morales, ni coincidir con ellas.

Otra idea que rechaza Hart es la de que existe una conexión entre el derecho y la moral cuando deben resolverse casos situados en la zona de penumbra. Anticipando lo que luego expondría en *The Concept of Law*, él recuerda que las palabras del lenguaje natural tienen en su centro un significado claro, y un significado discutible cuando nos aproximamos a la periferia, lugar que es considerado una zona de penumbra. Hart piensa que es muy importante reconocer la existencia del “centro duro” de la norma, esto es, su parte indisputable, puesto que si hay casos fronterizos, ciertamente antes tiene que haber fronteras. Los casos situados en la zona de penumbra no se pueden interpretar en base a una deducción lógica, pero ¿deben ellos interpretarse recurriendo a principios morales, como luego sostendría

Dworkin? Hart rechaza esta posibilidad, como también rechaza la idea de que la palabra “deber” implique siempre una referencia a criterios morales, puesto que piensa que esta palabra refleja, sí, la presencia de algún criterio crítico, pero que no todos los criterios críticos son morales.

El debate Hart-Fuller se desarrolló con el trasfondo de los horrores cometidos por el nazismo y de la necesidad de corregirlos castigando a los culpables. Hart se opone a la idea de que la separación entre el derecho y la moral haya contribuido a producir los desastres del nazismo, y cree que la respuesta genuinamente liberal al uso de la consigna muchas veces siniestra de que “el derecho es el derecho” es “Muy bien, pero esto no concluye el tema. El derecho no es la moral; no dejemos que suplante a la moral”. En otras palabras, Hart está recordando la distinción entre el positivismo ideológico y el positivismo jurídico, y coincide con los utilitaristas en el sentido de que algo puede ser derecho, y –a la vez– ser demasiado malo como para ser obedecido. Para castigar los excesos cometidos por el nazismo, Hart sugiere aplicar leyes abiertamente retroactivas, a sabiendas de lo que estamos sacrificando: las leyes retroactivas son odiosas, pero aplicarlas abiertamente tiene al menos el mérito de la honestidad.

Dos puntos quiero recordar para concluir este examen. Primero, Hart cuestiona el planteo de que existen garantías –que pueden ser moralmente valiosas– en la idea de que las leyes son normas generales y de que existe igualdad ante la ley. Sostiene que las leyes pueden ser aplicadas con total imparcialidad y, sin embargo, ser odiosamente opresivas; la igualdad ante la ley no garantiza la igualdad en la propia ley. Segundo, Hart objeta la idea de que la tesis positivista pueda correr algún riesgo en el caso de que se acepte la posición metaética de que los juicios morales son racionalmente defendibles. Creo –como enseguida veremos– que tiene razón en lo primero y se equivoca en lo segundo.

Presentando las posiciones en pugna: Fuller

Fuller contesta a Hart en su artículo “Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart”.⁹ Veamos cuáles son sus tesis centrales, recordando siempre que la preocupación de Fuller deriva de su convicción de que existe un deber de fidelidad respecto del derecho.

⁹ LON L. FULLER, “Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, vol.71, 1958.

- a) Si todo lo que la escuela del positivismo jurídico nos ofrece es la observación de que, cualquiera sea la forma en que se defina el derecho, siempre este es algo diferente de la moral, sus enseñanzas no son muy útiles.
- b) Austin, Gray y Hart consideran a la moral como cualquier cosa que esté excluida del ámbito del derecho.
- c) Hay más afinidad entre la bondad y la coherencia que entre la maldad y la coherencia.
- d) Las normas derivan su eficacia de la aceptación general, la que –a su vez– descansa en la percepción de que ellas son correctas y necesarias.
- e) El error de Bentham y Austin al considerar la relación que existe entre el derecho y la moral proviene de otro error, que es el de defender la teoría de la norma como una orden.
- f) Un orden tiene que ser lo suficientemente bueno como para funcionar de acuerdo a algún criterio. En el derecho debe existir una moralidad implícita, interna al derecho, necesaria incluso para crear un mal derecho. Un monarca no podría gobernar si castigara a los inocentes y premiara a los culpables, si no conectara sus palabras con sus acciones, si emitiera órdenes inaudibles o confusas.
- g) Cuando el juez debe resolver un caso dificultoso, debe recurrir a la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser. El positivismo no ayuda a los jueces en algunos dilemas interpretativos.
- h) La retroactividad de las leyes plantea un problema para la moral interna del derecho, así como también lo plantean las leyes secretas.
- i) El dilema de Hart consiste en sostener, de un lado, que existe el derecho, y que este crea un deber moral de obediencia, y del otro lado, que existe el deber moral de hacer lo que es correcto y decente.
- j) Un dictador se aparta de la moral interna del derecho. Si la dictadura consigue que los jueces desprecien las leyes, aplica usualmente leyes retroactivas y recurre al terror en las calles, no es difícil negarle a sus normas el carácter de derecho.

Estos son los términos en los que ambas partes plantean el debate. Voy a completarlos examinando ahora lo que los participantes dijeron en otros trabajos acerca del mismo tema, para conseguir –así– un panorama más amplio.

Completando las tesis: Hart

Antes de que debatiera con Fuller, Hart se había ocupado específicamente del tema del derecho natural, y siguió haciéndolo también después del debate. Por caso, en un trabajo publicado en 1955¹⁰ él menciona un derecho natural de contenido mínimo.

La esencia del mismo es muy similar a la del principio del daño que constituye el centro de la tesis de Mill en *On Liberty*. Hart sostiene que cualquier ser humano adulto y capaz de elegir tiene el derecho a que todos los demás se abstengan de utilizar la coerción contra él, o de restringirlo, salvo para evitar coerciones o restricciones, y tiene la libertad de llevar a cabo cualquier acción que no sea la de coaccionar, o dañar, a otras personas.¹¹ Piensa que este derecho es uno que todos los hombres poseen, y que lo tienen en tanto hombres, no como miembros de alguna sociedad o por estar en alguna relación los unos con los otros. Pero siempre que las restricciones sean consistentes con este principio, ningún hombre tiene un derecho absoluto de hacer o no hacer una acción determinada, o de ser tratado de un modo particular.¹² A pesar de esta última restricción, que establece el carácter *prima facie* del derecho en cuestión, Hart está sugiriendo aquí un derecho natural fuerte, tal vez más fuerte de lo que él mismo pensaba, puesto que está exigiendo que el derecho penal de una sociedad tenga una orientación liberal.

Pero en su debate con Fuller, Hart menciona también un segundo derecho, el cual se identifica con un derecho a la supervivencia, ya que incluye la existencia de reglas que prohíben el libre uso de la violencia y establecen un uso mínimo de la propiedad, tal que alcance para cultivar y retener alimentos. Ambos derechos, juntos, parecen implicar que Hart está pensando en una suerte de estado de naturaleza lockeano, suplementado con toques millianos. Se supone que el legislador debe pensar que ese estado de naturaleza está siempre disponible, y que si no se conceden en la sociedad los derechos que existen en ese estado de naturaleza los súbditos preferirían volver a él y se rehusarían a obedecer el derecho adoptando el punto de vista interno que la teoría de Hart requiere. Pero esto presupone, desde luego, que aparezca como alternativa factible este estado lockeano-milliano, y –por supuesto– no hay garantías de que él exista. ¿Qué sucedería si los ciudadanos creyeran que la única alternativa disponible es un estado de naturaleza hobbesiano? En este caso

10 H. L. A. HART, "Are There Any Natural Rights?", *Philosophical Review*, vol.64, number 2, abril 1955.

11 HART, "Are There...", cit., p. 175.

12 HART, "Are There...", cit., pp. 175-176.

podrían pensar —muy probablemente de manera equivocada— que el régimen nazi es una mejor opción y adoptar incluso el punto de vista interno respecto del nazismo.

Después de producido el debate, Hart publica *The Concept of Law* y vuelve allí sobre el tema de la relación entre el derecho y la moral. Acepta que en todo tiempo y lugar el derecho ha sido profundamente influenciado por la moral convencional y por los ideales de grupos sociales particulares, pero cree que esta influencia —sin embargo— no debe llevarnos a sostener una proposición muy diferente: aquella que sostiene que un sistema jurídico debe exhibir alguna conformidad específica con la moral o con la justicia, o que debe descansar en la convicción difusa de que existe una obligación moral de obedecerlo.¹³

Su caracterización del positivismo jurídico en el libro encuadra decididamente dentro de la versión débil del positivismo: consiste en la simple pretensión de que no es en ningún sentido una verdad necesaria el que las leyes reproducen, o satisfacen, ciertas demandas de la moral, aunque a menudo lo hayan hecho.¹⁴

The Concept of Law recoge nuevamente la idea de Hart respecto del contenido mínimo del derecho natural y —otra vez— lo hace basándose en la idea de que la organización social debe ser viable, puesto que los ciudadanos que están diseñando un arreglo social no constituyen un club de suicidas. Las normas, entonces, deben basarse en verdades elementales que conciernen a los seres humanos, su medio ambiente natural y sus propósitos.¹⁵

Los principios que propone Hart y que —ciertamente— aceptaría Fuller, son: 1) la aceptación del hecho de la vulnerabilidad humana, de donde las prohibiciones más importantes que contiene el sistema jurídico se refieren a restringir el uso de la violencia, tratando de evitar la muerte y los daños corporales; 2) la aceptación de que los seres humanos son aproximadamente iguales en poder, de donde ninguno de ellos —sin ayuda— puede dominar a otros más que por un corto período; 3) la aceptación de que los seres humanos poseen solo un altruismo limitado, que ellos no son ni demonios ni ángeles; 4) la aceptación de que el mundo posee solo recursos limitados; y 5) la aceptación de que los seres humanos poseen un entendimiento

¹³ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 185. Gardner afirma que Hart no sostuvo la tesis de que no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral, sino la tesis de que no existen criterios morales para el derecho, tales que el derecho automáticamente los satisfaga. Pero existe entre el derecho y la moral una conexión necesaria en el sentido de que el derecho puede ser evaluado en base a criterios morales, y ser encontrado deficiente. JOHN GARDNER, "Hart on Legality, Justice, and Morality", en *Law as a Leap of Faith*, Oxford University Press, 2012, pp. 221-222.

¹⁴ HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 185-186.

¹⁵ HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 192-193.

y una fuerza de voluntad limitados.¹⁶ Necesariamente, cualquier sistema jurídico debe tomar en cuenta estos principios.

Hart también coincide con Fuller en que las normas deben ser inteligibles, y estar dentro de la capacidad de muchos para obedecer; asimismo, las normas –en general– no deben ser retroactivas, aunque excepcionalmente puedan serlo. Pero, a diferencia de Fuller, Hart piensa que, incluso respetando estas características, el sistema resultante puede contener una gran inequidad, y que es mejor, en tales casos, decir: “Esto es derecho, pero es demasiado inequitativo como para ser obedecido”.¹⁷

Completando las tesis: Fuller

Alrededor de diez años después del debate, Fuller publicó su libro más conocido sobre el tema, *The Morality of Law*. Precisa allí distintas deficiencias que pueden impedirle a un soberano concretar sus propósitos; ellas son: fracasar en la publicidad de las reglas, abusar de la legislación retroactiva, fracasar en hacer comprensibles las leyes, promulgar leyes contradictorias y dictar leyes que excedan los poderes de aquellos a los que están dirigidas.¹⁸

Fuller insiste en que la moral interna del derecho requiere algo más que abstenciones, a veces requiere acciones, y esto puede apreciarse en la exigencia de dictar leyes claras y coherentes. Insiste también en que una ley retroactiva – abstrayendo su posible función dentro de un sistema de leyes no retroactivas– es una verdadera monstruosidad.¹⁹

Se pregunta si sus principios constituyen alguna variante del derecho natural, y responde que sí, pero con tres acotaciones: 1) es derecho natural terrenal, y no divino; 2) no agota las exigencias morales; y 3) es derecho natural procesal, y no sustantivo.²⁰ Formula, sin embargo, una advertencia acerca de 3): el reconocimiento de que la moral interna del derecho puede apoyar una gran variedad de fines sustantivos no debería hacernos creer que cualquier fin sustantivo puede ser adoptado sin comprometerla.

¹⁶ HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 195-197.

¹⁷ HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 207-208.

¹⁸ LON L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969, p. 39.

¹⁹ FULLER, *The Morality of Law*, cit., pp. 42 y 53.

²⁰ FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 96.

Aclarando las tesis

Existen algunos puntos eventualmente confusos en las tesis de Hart y de Fuller tal como las expuse hasta aquí, y es bueno aclararlos antes de seguir adelante.

a) ¿Cuál es el significado de la tesis de la separación?

En lo que he identificado más arriba como su tesis 2, Hart sostiene que no existe una conexión entre el derecho y la moral, o entre el derecho como es y como debería ser. ¿Son estas dos formas diferentes de decir la misma cosa o son dos cosas distintas? Hart parece estar pensando en la primera opción, tal como señaló en su *Postscript*: su propósito es descriptivo, en tanto es moralmente neutral y no tiene fines justificatorios.²¹ Describir el derecho tal como es y sostener que esa descripción debe separarse de la moral, es la misma cosa.

Pero no todos están de acuerdo con esta interpretación. Zippursky, por ejemplo, sostiene que Hart promueve la separación del derecho y la moral como un principio práctico y no teórico, como una máxima para el pensamiento: uno necesita distinguir entre el derecho como es y el derecho como debería ser. Y afirma que Hart expresó la tesis de la separabilidad de dos formas diferentes: una es la necesidad de distinguir entre el derecho que es y el que debe ser, y la otra concierne a la separación entre el derecho y la moral.²²

Yo creo que esta interpretación es errónea. La tentación de pensar que se trata de dos cosas diferentes parte de la idea de que puede haber, sin duda, deberes no morales, de donde cuando se habla del derecho como debe ser no necesariamente se estaría hablando del derecho tal como debe ser moralmente. Es cierto que existe un discurso que menciona deberes no morales, uno puede decir, sin equivocarse, que el envenenador debe aumentar su dosis si es que quiere tener éxito en su crimen. Pero este no es, ciertamente, el caso del derecho. Cuando se habla de lo que debe ser el derecho, se entiende —implícitamente— que se trata de lo que debe ser de acuerdo a la moral. De modo que Hart repitió dos veces —en definitiva— la misma cosa: él está interesado en el derecho tal como es y para describirlo cree que no necesita recurrir a la moral.

²¹ HART, *The Concept of Law*, cit., p. 246.

²² BENJAMIN C. ZIPURSKY, "Practical Positivism versus Practical Perfectionism: The Hart-Fuller Debate at Fifty", *New York University Law Review*, vol.83, number 4, 2008, pp. 1173 y 1182.

b) *¿De qué moral debe separarse el derecho?*

Cuando Hart quiere separar el derecho de la moral y Fuller protesta, ¿están pensando ellos en la moral positiva, en la moral crítica o en ambas? Yo pienso que en ambas, pero hay visiones diferentes. Waldron, por ejemplo, cree que tanto Hart, como Fuller estaban pensando solo en la moral crítica.²³ Leslie Green —en cambio— coincide con mi idea y discrepa entonces con Waldron. Recuerda que Hart no dice que el derecho y la moral deben mantenerse separados, puesto que la moral establece ideales para el derecho, y tampoco dice que ambos estén separados de hecho.²⁴ La tesis de Hart consiste en negar que exista una conexión necesaria entre el derecho y la moral, y dicha tesis se aplica tanto a la moral crítica (o ideal), como a la positiva. Hart no niega solo el punto de vista del derecho natural de que debe haber criterios morales para el derecho, sino también la opinión de los sociólogos que suponen que todos los sistemas jurídicos encarnan el espíritu, las tradiciones o los valores de sus comunidades.²⁵

Si repasamos la tesis de Hart podemos ver con claridad que Green tiene razón. Cuando examina la tesis que él objeta, esto es, la tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moral, Hart recuerda las dificultades que enfrentan ambos tipos de moral. La conexión necesaria, dice Hart, no significa más que la aseveración de que un buen sistema jurídico debe conformarse en ciertos puntos a los requerimientos de la justicia y de la moral. Pero, recuerda de inmediato, hay desacuerdos respecto de los criterios morales adecuados. La moral a la que el derecho debe ajustarse si él va a ser bueno, ¿es la moral aceptada del grupo de cuyo derecho se trata, incluso aunque ese derecho descansa en la superstición o no otorgue beneficios y protección a los esclavos o clases sometidas? ¿O la moral significa criterios iluminados, en el sentido de que ellos descansan en creencias racionales y aceptan que todos los seres humanos merecen la misma consideración y respeto?²⁶ Podría haber dicho más, todavía: aunque se coincida en que lo importante es la moral crítica, por ejemplo, ¿de qué moral crítica se trata: de la deontológica, de la consecuencialista, de la ética de la virtud? No cabe duda de que Hart piensa que esta incertidumbre debe eliminarse evitando ambos tipos de moral, la crítica —cualquiera que se elija— y la positiva.

²³ JEREMY WALDRON, "Legal Pluralism and the Contrast Between Hart's Jurisprudence and Fuller's", en Peter Cane (ed.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 150.

²⁴ LESLIE GREEN, "Positivism and the Inseparability of Law and Morals", en *New York University Law Review*, cit., p. 1036.

²⁵ GREEN, cit., pp. 1039 y 1042.

²⁶ HART, *The Concept of Law*, cit., p. 205.

Y hay todavía otro argumento adicional. Cuando examina los supuestos de los casos de penumbra, Hart es muy categórico en su defensa de la existencia de un “centro duro” en la norma. Él rechaza la posibilidad de que deba interpretarse en la zona de penumbra necesariamente en términos de principios morales, pero también rechaza la idea de que el juez tiene –en todos los casos– libertad para decidir como le plazca. Hart excluye la moral crítica porque está en contra del iusnaturalismo, y excluye la moral positiva porque está en contra del realismo jurídico (aunque los motivos de la decisión judicial, para los realistas, no se circunscribían –por cierto– a la moral positiva).

Como hace notar Postema, la teoría de Hart defiende la idea de que en los casos de penumbra los jueces deben ensarzarse en una deliberación razonada; hablar en este caso de elección puede oscurecer la idea de que la elección está guiada aquí por razones; las razones y los argumentos excluyen ciertas opciones como inelegibles.²⁷ Hart estaría diciendo respecto de los casos de penumbra, entonces, lo que Kelsen dice de todos los casos de decisión judicial: la norma es un marco abierto a varias posibilidades, y se puede elegir entre ellas, pero hay que recordar que solo se puede elegir dentro de ese marco. Fuller, por el contrario, parece estar interesado únicamente en la moral crítica o ideal.

c) ¿Qué metaética deben emplear los positivistas?

El tema de la metaética adecuada para el positivismo jurídico es uno acerca del cual no existe concordancia en las opiniones. Hart expresó su punto de vista acerca del mismo con toda claridad cuando mencionó la que denominé la tesis 5 del positivismo jurídico: los juicios éticos no son ni verdaderos ni falsos. Erróneamente, sin embargo, consideró que la tesis no tenía importancia decisiva para la doctrina, que él identificaba con la tesis 2 de la separación entre el derecho y la moral; no obstante, la 5 es el sostén de la 2, como Kelsen advirtió con mucha más claridad que Hart.

Kelsen comienza sosteniendo la tesis de la separabilidad, puesto que dice que su definición de derecho no pretende referirse al derecho justo, sino solo a lo que usualmente es y ha sido denominado derecho,²⁸ lo que la convierte –desde luego– en una definición descriptiva. Piensa que si la idea de justicia tiene alguna función, ella es la de ser el modelo para hacer un buen derecho, así como la de constituir un criterio para distinguir el derecho bueno del malo. Reconoce, sin embargo, que

²⁷ GERALD POSTEMA, “Positivism and the Separation of Realists from their Scepticism”, en Cane (ed.), cit., pp. 264-265.

²⁸ HANS KELSEN, “Law, State and Justice in the Pure Theory of Law”, *The Yale Law Journal*, vol.57, number 3, 1948, p. 377.

en la teoría general del derecho tradicional existe una tendencia terminológica de identificar al derecho con la justicia, utilizando el término “derecho” en el sentido de derecho justo, y declarando que una norma no es derecho si no es justa.

Pero Kelsen sostiene que quien niega la justicia de ese “derecho” y sostiene –así– que no es derecho “verdadero” tiene que probarlo, y aquí enuncia el criterio metaético que yo considero adecuado, puesto que dice que dicha prueba es prácticamente imposible, ya que no existe un criterio objetivo de justicia. No hay ni puede haber un criterio objetivo de justicia, piensa Kelsen, puesto que el enunciado de que algo es justo o injusto es un juicio de valor referido a un fin último, y estos juicios son, por su propia naturaleza, de carácter subjetivo, puesto que están basados en elementos emocionales de nuestra mente, en nuestros sentimientos y deseos. No pueden ser verificados por los hechos, como pueden serlo en cambio los enunciados acerca de la realidad. De manera última, los juicios de valor son actos de preferencia y no es posible ninguna verificación objetiva de los mismos.²⁹

Mientras que Hart no le asigna importancia al tema metaético para justificar la tesis de la separabilidad, Kelsen muestra que la tesis depende del rechazo del objetivismo moral. Curiosamente, Waldron coincide con Hart en este aspecto.³⁰

Cuando analiza la decisión judicial desde la perspectiva positivista, Waldron afirma que en términos de decisión judicial es indiferente que se adopte el emotivismo moral o el realismo moral. Por una parte, sostiene que no es cierto que los emotivistas justifiquen sus decisiones solo en base a sus sentimientos, y por la otra, piensa que los realistas no han logrado establecer conexiones entre la verdad objetiva y la existencia de procedimientos para resolver desacuerdos morales. De esta última afirmación concluye que, aunque el realismo moral fuera verdadero, no validaría las creencias morales de ninguna persona, puesto que el realismo carece de una epistemología que valide sus compromisos ontológicos.³¹

Me parece que se trata de una interpretación equivocada. Waldron sostiene que los realistas invocan hechos morales pero que no pueden probarlos, de donde ellos deben aceptar que no son más objetivos que los emotivistas. Esto puede ser cierto –y yo creo que lo es–, pero implica ver al realista con ojos emotivistas. Porque con los ojos de su propia teoría, el realista cree que ha invocado algo objetivo, y esa creencia produce consecuencias importantes respecto de las decisiones que se

²⁹ KELSEN, cit., p. 383.

³⁰ JEREMY WALDRON, “The Irrelevance of Moral Objectivity”, en Robert P. George (ed.), *Natural Law Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

³¹ WALDRON, “The Irrelevance...”, cit., pp. 171, 173, 177 y 181.

adopten. El realista cree que quien se le opone está objetivamente equivocado, lo que el emotivista –por definición– no puede creer.

Pero supongamos ahora una posibilidad más complicada, supongamos que el objetivismo moral fuera la tesis metaética correcta. Me parece difícil negar, en este caso, que la verdad de la tesis objetivista tiene importancia para la tesis de la separabilidad. ¿Cómo puede aceptarse en este caso que la sociedad promulgue normas que objetivamente puede mostrarse que están equivocadas, y que pretenda considerarlas derecho? ¿Cómo puede practicarse la tolerancia frente a un error objetivo? Nadie aceptaría que un libro de aritmética contuviera la afirmación de que dos más tres es igual a siete, y nadie aceptaría que un sistema normativo contuviera errores morales objetivamente comprobables. Lo menos que podría hacerse, en este caso, es negarle a ese sistema el carácter de derecho y considerar que se ha tratado de una tentativa equivocada, en lugar de dedicarse a la tarea descriptiva que practica el positivismo. ¿Describiríamos un libro que sostiene que dos más tres es igual a siete como un libro de *aritmética*?

Alexy ha recordado con todo acierto que Radbruch era un relativista moral cuando defendía el positivismo jurídico y que se convirtió al objetivismo a la par de convertirse al iusnaturalismo, sosteniendo³² que el paso de los siglos ha establecido una esencia segura de principios de derecho que tienen un amplio consenso en las declaraciones de derechos humanos y civiles. Por eso Alexy entiende que refutar las objeciones del positivismo depende de la posibilidad de justificación racional de al menos algunos mínimos requerimientos morales:³³ si todos los juicios acerca de la justicia fueran nada más que expresiones de emociones, preferencias, intereses o ideologías, en otras palabras, si las tesis del relativismo radical y del subjetivismo fueran correctas, muy poco podría decirse a favor del concepto antipositivista del derecho, puesto que el antipositivismo presupone, al menos, una rudimentaria ética no relativista.³⁴ Es exactamente lo que yo creo: la conversión de Radbruch al iusnaturalismo exigía su conversión al objetivismo moral.

La tesis de la separabilidad depende –entonces– de que no pueda probarse la verdad o falsedad de los juicios morales; depende, en otras palabras, de que no se refute el escepticismo moral, el no cognitivismo en metaética. Afortunadamente para los positivistas jurídicos, no veo ninguna posibilidad de que esta refutación ocurra. (El tema fue desarrollado en el capítulo 6).

³² GUSTAV RADBRUCH, "Five Minutes of Legal Philosophy", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.26, number 1, 2006, pp. 14-15.

³³ ROBERT ALEXY, *The Argument from Injustice*, Oxford University Press, 2002, p. 62.

³⁴ ROBERT ALEXY, "A Defense of Radbruch's Formula", en David Dyzenhaus (ed.), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Portland, Oregon, Hart Publishing, 1999, p. 33.

d) ¿Cuál es el papel del derecho internacional en este debate?

Tanto Hart, como Fuller mencionaron en sus trabajos la dificultad que el sistema nazi presentaba para la tesis de la separabilidad y sugirieron soluciones para ese problema. Es curioso que ninguno de ellos –especialmente Hart– haya recurrido al derecho internacional, como Kelsen, por ejemplo, hubiera hecho sin vacilar.

La actitud de Fuller acerca del derecho internacional es ambigua, y esta circunstancia hubiera dificultado que él sugiriera su aplicación en el caso en disputa. En efecto, en uno de sus trabajos él sostiene que para que la primacía del derecho pueda extenderse a las relaciones internacionales, deben desarrollarse conjuntamente el derecho y un propósito común. Y agrega que resulta claro que un propósito común que consiste simplemente en un deseo compartido de evitar la destrucción recíproca es demasiado pobre como para proporcionar una base adecuada para una decisión significativa.³⁵ Sin embargo, en *The Morality of the Law* ese escepticismo se disipa y Fuller rechaza allí la idea de que exista una diferencia importante entre el derecho interno y el internacional que se base en el hecho de que el primero sea un orden vertical, con un legislador y súbditos, mientras que el segundo sea una forma de orden horizontal, en la que la nación se impone la ley a sí misma. Por el contrario, Fuller piensa que también existe un elemento horizontal en el derecho interno.³⁶

Hart, a su vez, comienza su discusión acerca del status del derecho internacional advirtiendo un contraste interesante: mientras algunos juristas (como Fuller) piensan que hay que negar el carácter de derecho a sistemas jurídicos como el de la Alemania nazi, a pesar de que no pueda discutirse que poseía normas primarias y secundarias, otros creen que hay que negarle el carácter de derecho al derecho internacional, precisamente por no constituir un sistema dotado de normas primarias y secundarias.³⁷ Él no está de acuerdo con ninguna de las dos propuestas.

Respecto del derecho internacional, Hart cree que, aunque este pueda carecer de sanciones organizadas, no existen razones para limitar la idea normativa de obligación a aquellas reglas que se encuentran respaldadas por ese tipo de sanciones. El trasfondo del derecho internacional es tan distinto al del derecho local que el primero de ellos no tiene una necesidad similar de sanciones; simplemente, el derecho internacional se ha desarrollado de manera diferente al derecho local. No puede negarse, por otra parte, que existe una presión general para ajustarse a las

³⁵ LON L. FULLER, "The Forms and Limits of Adjudication", *Harvard Law Review*, vol.92, p. 378.

³⁶ FULLER, "The Forms and Limits of Adjudication", cit., pp. 233-234.

³⁷ HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 213-214.

reglas del derecho internacional, que se formulan pretensiones basadas en ellas, así como que quien las desobedece se expone a una crítica seria, y también a represalias y al pago de compensaciones.³⁸

Tampoco puede negarse que existe entre los estados una forma dada de autoridad internacional, de donde la soberanía de los estados está limitada por las reglas de ese derecho. Al igual que respecto del derecho local, Hart niega que las normas del derecho internacional tengan un carácter moral y sostiene que muchas de ellas son indiferentes desde el punto de vista moral. Una regla de derecho internacional puede existir simplemente porque es necesaria o conveniente, y no porque se le adscriba alguna importancia moral.³⁹

Lo que Hart reconoce es que el derecho internacional no constituye un sistema de normas, sino que es simplemente un conjunto de ellas, pero concluye su examen recordando que, en términos de contenido, no hay reglas sociales que estén más próximas al derecho local que las del derecho internacional.⁴⁰ Hart no discute, entonces, el carácter jurídico que revisten las normas del derecho internacional. Larry May piensa lo mismo, y cree que el derecho internacional es un buen ejemplo para discutir la importancia del punto de vista interno de las normas, esto es, para establecer qué cosas son necesarias para que cualquier sistema jurídico obtenga la aceptación que necesita por parte de la población.⁴¹

Sin embargo, no hay referencias por parte de Hart ni de Fuller al derecho internacional cuando discuten el *status* de las leyes nazis y de las soluciones disponibles, como ahora veremos.

Introduciendo el horror del nazismo

Inmediatamente después de concluida la Segunda Guerra Mundial, el prestigioso filósofo alemán del derecho Gustav Radbruch, que había defendido las ideas del positivismo jurídico, anunció dramáticamente su conversión al iusnaturalismo en dos trabajos, denunciando a los positivistas como causa –al menos parcial– de los horrores del nazismo.

En uno de dichos trabajos, Radbruch enuncia el principio del derecho natural

³⁸ HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 217-220 y 231.

³⁹ HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 223 y 228-229.

⁴⁰ HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 234 y 237.

⁴¹ LARRY MAY, "International Criminal Law and the Inner Morality of the Law", en Cane (ed.), cit., pp. 81-83.

de este modo: hay principios de derecho que tienen más peso que cualquier pronunciamiento legal, de modo que una ley en conflicto con ellos carece de validez.⁴² Cita en su apoyo a la Biblia, que habla de obedecer a las autoridades que tienen poder sobre uno, pero que también dice que debemos obedecer a Dios más que a los hombres.⁴³

En su otro trabajo, Radbruch perfecciona su fórmula respecto de la validez del derecho: el conflicto entre la justicia y la certidumbre jurídica bien puede resolverse de modo que el derecho positivo –asegurado por la legislación y el poder– tiene precedencia incluso cuando su contenido es injusto y fracasa en beneficiar a la gente, a menos que el conflicto entre la ley y la justicia alcance un grado tan intolerable que la ley, como “derecho fallido” deba rendirse ante la justicia.⁴⁴ Alexy resume la fórmula así: “La injusticia extrema no es derecho”, y recuerda que la fórmula en cuestión establece una conexión clasificatoria entre el derecho y la moral.⁴⁵

Radbruch es conciente, desde luego, de que es imposible trazar una línea aguda entre los casos de leyes inválidas y leyes que son válidas a pesar de sus defectos, pero cree también que puede trazarse una línea distintiva con la mayor claridad. Allí donde no hay ni siquiera un intento de justicia, donde la igualdad –que es la esencia de la justicia– es deliberadamente traicionada al dictarse el derecho positivo, entonces la ley no solo es “derecho fallido”, sino que carece por completo de la naturaleza propia del derecho.⁴⁶ No hace falta mucha reflexión para decidir de qué lado de la frontera se encontraban las leyes nazis.

Pese a este último intento, la fórmula sigue siendo imprecisa. Una posible interpretación es que no cuenta el número de leyes injustas, sino el grado de la injusticia; una gran cantidad de leyes que contengan pequeñas injusticias no convertirían –en principio– al sistema en derecho fallido, pero sí lo convertirían en derecho fallido algunas leyes tremendamente injustas. Sin embargo, en este último caso, más que privar del carácter de derecho a todo el sistema, la solución –supongo– debería consistir en privar del carácter de derecho solo a esas normas cuestionables. Esto es lo que ocurrió luego de la Segunda Guerra, cuando nadie objetó la aplicación durante el nazismo de normas de derecho privado –por ejemplo–

⁴² RADBRUCH, “Five Minutes...”, cit., p. 14.

⁴³ RADBRUCH, “Five Minutes...”, cit., p. 15.

⁴⁴ GUSTAV RADBRUCH, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.26, number 1, 2006, p. 7.

⁴⁵ ALEXY, “A Defense...”, cit., pp. 17 y 24.

⁴⁶ RADBRUCH, “Statutory Lawlessness...”, cit., p. 7

vigentes durante la República de Weimar.⁴⁷

El defensor más decidido de la fórmula de Radbruch es Robert Alexy. El mérito de Alexy reside en poner en claro dos cosas. La primera de ellas es enfatizar que la fórmula de Radbruch solo niega validez a la norma jurídica cuando su conflicto con la moral es intolerable, por lo que no existe una identificación entre el derecho y la moral; normas injustas o inmorales pueden ser derecho, puesto que el umbral es la injusticia extrema. El propio Alexy sostiene que lo decisivo para la validez de un sistema jurídico es que posea una pretensión de corrección insertada en su práctica de gobierno.⁴⁸ La segunda cosa que aclara Alexy es que la fórmula de Radbruch solo podría —en principio— tener efecto fuera del derecho penal, puesto que ella está acotada por el principio *nulla poena sine lege*. (Sería interesante comprobar si Radbruch hubiera considerado esto como una aclaración o como una limitación de su fórmula). Según Alexy, la fórmula de Radbruch conduce al castigo penal en el caso de aquellos actos cuya injusticia es tan extrema —y, en consecuencia, tan evidente— que es mucho más fácilmente reconocible que la injusticia que presentan muchos casos usuales de derecho penal. Si la injusticia de estas normas es extrema y evidente, y cualquiera puede reconocerla con claridad, entonces no estamos ante un caso de retroactividad encubierta, porque la injusticia era reconocible cuando el acto fue cometido, y cualquiera podía reconocerla, de donde esas normas no eran derecho y no podían conducir a la exclusión de la responsabilidad penal. La situación penal no resulta entonces modificada retroactivamente, sino que solo se determina cuál era la situación al momento del hecho.⁴⁹

Brian Bix, por su parte, sostiene que el foco, tanto de Radbruch, como de Alexy, está puesto en la decisión judicial, en la resolución de las disputas, especialmente de aquellas que pueden basarse en la validez de un derecho maligno. La fórmula, entendida como una teoría del derecho, está completamente separada de la fórmula entendida como instrucciones para un juez, y las dos cosas deben evaluarse también separadamente.⁵⁰

⁴⁷ Es perfectamente posible discrepar acerca de casos de eventual injusticia extrema. En el Decreto 11 del 25 de noviembre de 1941, los nazis decidieron que las propiedades de los judíos que habían perdido su nacionalidad se convertía en propiedad del Estado. Durante la posguerra, se dictó una ley restituyendo esa propiedad, pero estableciendo —a la vez— un plazo para que se formulara la petición pertinente. Uno de los afectados por el decreto había dejado vencer ese plazo, y reclamó luego ante los tribunales, los que le dieron la razón. Alexy ("A Defense...", cit., p. 36), considera que si no se hubiera hecho lugar a esa demanda, los tribunales hubieran convalidado una injusticia extrema, pero esto es —desde luego— discutible. El decreto nazi era sin duda extremadamente injusto, pero negar la restitución de su propiedad a quien dejó vencer el plazo para solicitarla me parece que no lo es.

⁴⁸ ALEXY, *The Argument from Injustice*, cit., pp. 34 y 47-48.

⁴⁹ ALEXY, "A Defense...", cit., p. 37.

⁵⁰ BRIAN BIX, "Robert Alexy, Radbruch's Formula and the Nature of Legal Theory", *Rechtstheorie* 27 (2006), pp. 142-143.

Creo que los trabajos de Radbruch contienen serias fallas argumentales, que pueden ser explicadas, pero ciertamente no justificadas, por lo intenso de las emociones morales de indignación despertadas por el nazismo.⁵¹ Él trató de establecer una comparación entre una ley y la orden que recibe un soldado. Al soldado le dicen “una orden es una orden” y al jurista le dicen “el derecho es el derecho”. Pero, dice Radbruch, el soldado no está obligado, ni por el deber, ni por la ley, a obedecer la orden, mientras que el jurista no reconoce excepciones a la validez de la ley o al requerimiento de obediencia.⁵² Aquí, sin embargo, se acumulan dos errores: el primero es que Radbruch olvida que el soldado tiene un deber –un deber militar– de obedecer la orden, y el segundo es que el ciudadano tiene un deber de obediencia respecto de la ley, sí, pero de obediencia legal, no moral. Radbruch confundió –sin fundamentos– a Austin con Hobbes.

En su ataque al positivismo, Radbruch insiste en que el principio positivista “el derecho es el derecho” privó a los juristas alemanes de toda defensa frente a leyes que eran arbitrarias y criminales. Se trata de otro error, sin embargo, porque –por cierto– no los privó de ejercer una defensa moral. Esta es la confusión de Radbruch: él piensa que la obligación legal debe basarse en el valor intrínseco de la ley,⁵³ cuando lo que debe basarse en el valor intrínseco de la ley es la obligación moral.⁵⁴ Sostiene, por eso, que para impedir el regreso de un estado ilegal como el de Hitler, debemos superar el positivismo, que convirtió en impotente cualquier defensa posible contra los abusos de la legislación nacional-socialista.⁵⁵ Pero es el positivismo ideológico el que hubiera tornado impotente la resistencia al nazismo, no el jurídico. Es extraño que Radbruch busque culpables entre los positivistas como Kelsen y se olvide de criticar a los verdaderos partidarios del nazismo, esto es, a los decisionistas encabezados por Carl Schmitt. Sería importante que alguien estudiara en los archivos judiciales alemanes cuántos jueces del período nazi invocaron a Kelsen como justificación para aplicar en sus sentencias las leyes de Núrenberg, por ejemplo.

⁵¹ Alexy (“A Defense...”, cit., p. 32) sostiene que la fórmula de Radbruch no fue una reacción emocional al nazismo, sino el resultado de balancear cuidadosamente tres elementos: justicia, propósito y certidumbre legal. El lenguaje empleado por Radbruch sugiere otra cosa.

⁵² RADBRUCH, “Five Minutes...”, cit., p. 13.

⁵³ RADBRUCH, “Statutory Lawlessness...”, cit., p. 6

⁵⁴ Alexy (“A Defense...”, cit., p. 31) piensa que el antipositivismo ayuda a resistir el mal derecho, atemorizando al juez averso al enfrentarlo a las consecuencias futuras de sus decisiones. Pero me imagino que también lo asustaría la perspectiva futura de una legislación retroactiva establecida por un régimen de orientación positivista.

⁵⁵ RADBRUCH, “Statutory Lawlessness...”, cit., p. 8.

Los errores de Radbruch son interesantes, sin embargo, porque sus tesis constituyen el trasfondo del debate que nos ocupa. Algunos de esos errores son reproducidos por Fuller, aunque siempre debe recordarse que Fuller estaba preocupado por elementos formales del derecho, y Radbruch, por elementos sustantivos. Uno de los casos que Radbruch menciona⁵⁶ para mostrar las dificultades creadas por el derecho nazi es muy similar al que después mostraría y retomaría Hart. Al terminar la guerra, un empleado del Ministerio de Justicia fue acusado por haber denunciado durante el nazismo a un comerciante, informando que había escrito en la pared de un baño “Hitler es un asesino masivo y es culpable de la guerra”; el comerciante fue condenado, en parte por la denuncia y en parte, también, por haber escuchado radios extranjeras. Radbruch cita con aprobación algunas cuestionables afirmaciones del fiscal que acusó al denunciante ante el tribunal de posguerra. La primera afirmación fue que la frase escrita en el baño era verdadera y, por lo tanto, no podía afectar al estado ni a su seguridad, sino en cambio ayudar a que el estado se librara de su destructor, lo cual constituía lo opuesto a la traición. Pero durante el régimen nazi, obviamente, tratar de librarse de Hitler era –sin duda– una traición, al menos una traición legal. El fiscal afirmaba que esta idea constituía simplemente un escrúpulo jurídico, pero yo pienso, por el contrario, que dejar esta idea de lado constituye una muestra de ignorancia jurídica. La segunda afirmación fue que era dudoso que Hitler fuera el legítimo jefe de estado. La afirmación es tan curiosa, y el error tan claro, que no vale la pena detenernos en esto. La tercera afirmación fue invocar una ley de los aliados del año 1946 para justificar la condena pedida y sostener que no se trataba de legislación retroactiva, sino solamente de la interpretación auténtica del Código Penal alemán de 1871, lo cual es otro error claro, puesto que la ley era posterior a los hechos y –sin ella– la interpretación era cuestionable.

Cuando Radbruch menciona casos como este, sin objetar afirmaciones como las que he expuesto, lo hace –seguramente– por el dolor moral que experimentó –con toda razón– de results del régimen nazi. Sus opiniones muestran que él conservó intacta durante la guerra su sensibilidad moral, aunque también muestran –con igual claridad– que había perdido su sensibilidad legal. También debe recordarse que la fórmula de Radbruch es susceptible de provocar un problema peligroso. Supongamos, como él lo dice, que solo la injusticia extrema deja de ser derecho; si esto es así, entonces las leyes que contienen injusticias menores –pero, aún así, graves– deberían ser consideradas como derecho. Pero, entonces, a estas últimas

56 RADBRUCH, “Statutory Lawlessness...”, cit., pp. 2-3.

leyes les es aplicable el *dictum* “el derecho es el derecho”, de donde ellas deberían ser obedecidas; más todavía: deberían ser obedecidas sin practicar antes ningún análisis moral. Radbruch iría aquí más lejos que cualquier positivista jurídico, que exigiría analizar estas leyes para decidir si existe una obligación moral de obedecerlas.⁵⁷

El caso que trae Hart a colación, como he dicho, es muy parecido. En el año 1944, una mujer que quería librarse de su marido, lo denunció ante las autoridades nazis por haber pronunciado comentarios despectivos sobre Hitler durante un período de licencia del ejército. La ley castigaba el formular declaraciones perjudiciales para el gobierno o que perjudicaran la defensa del pueblo alemán. El marido fue arrestado y condenado a muerte, aunque en realidad fue enviado nuevamente al frente. La esposa fue juzgada en el año 1949 y condenada por la privación de la libertad de su marido. Según Hart, el tribunal consideró que la ley nazi era contraria a la conciencia sólida y al sentido de justicia de todos los seres humanos decentes. En opinión de Hart, no obstante, si se quería castigar a la esposa (y él no descarta la posibilidad de absolverla), era mejor hacerlo mediante una ley abiertamente retroactiva. No hay aquí mención alguna al derecho internacional.

Al tomar en cuenta este caso en su réplica a Hart,⁵⁸ Fuller recuerda que el marido fue acusado por violar una ley que prohibía abogar o incitar públicamente a cumplir con el servicio militar, o tratar de dañar o destruir la voluntad del pueblo alemán. No sin razón, Fuller considera que el marido no violó esta ley, puesto que sus manifestaciones no habían sido públicas, pero si bien este hecho cuenta en contra del tribunal nazi que lo condenó, no puede contar en contra de la esposa, que se limitó a acusarlo. La otra ley que se supone habría violado el marido consideraba que las declaraciones que no hubieran sido formuladas en público serían igualmente castigadas cuando quien las emitiera supiera, o hubiera debido saber, que alcanzarían al público. También es claro que no era este el caso del comentario hecho por el marido a su esposa en privado, pero, otra vez, esto perjudica legalmente al tribunal, no a la esposa.

Fuller cree que el tribunal de 1949 obró acertadamente al considerar que la ley no era derecho; que no hubiera ayudado en nada que dijera que era derecho, pero tan malo que se rehusaba a aplicarlo; y que no podía aguardar a que se dictara una ley retroactiva. A diferencia de Hart, Fuller no se plantea seriamente la posibilidad de absolver a la esposa.

⁵⁷ El problema del derecho injusto se reprodujo en Alemania luego de la reunificación, vinculado esta vez al orden jurídico de la República Democrática Alemana.

⁵⁸ FULLER, “Positivism and Fidelity...”, cit., pp. 653-655.

El caso ofrecido por Hart no se ajustaba a la realidad de los hechos. Esta no es una crítica, puesto que desde el punto de vista teórico tiene el mismo valor si lo consideramos como un caso hipotético, pero como hubo un caso real, con una solución real, es bueno ponerlo de manifiesto. El tribunal inferior había absuelto a la esposa y el tribunal de apelaciones revocó esa decisión al considerar que la esposa, que no tenía ninguna obligación de realizar la denuncia, había utilizado a los tribunales como un mero instrumento para la comisión de un delito. La esposa sabía cómo iba a razonar el tribunal nazi y deliberadamente empleó una ley diseñada para aterrorizar a la población. Pero el tribunal de apelaciones señaló que su decisión no dependía de considerar que la legislación nazi violaba las leyes de la naturaleza, porque esa ley, aunque claramente inequitativa, ordenaba solo una omisión –abstenerse de criticar al gobierno– y no una acción, lo que sí hubiera resultado ilegal. Mientras la esposa no tenía la obligación de denunciar al marido, el tribunal nazi tenía la obligación de cumplir con la ley.⁵⁹

Dyzenhaus piensa que Hart hubiera reaccionado igual que el tribunal de posguerra respecto del tribunal nazi, porque piensa que –al momento del debate con Fuller– Hart pensaba que los jueces no tienen que decidir si van a obedecer la ley, sino solo decidir cómo interpretarla mejor. Decidir no aplicar una ley simplemente porque es inmoral equivaldría para un juez a dejar de ser juez, puesto que la regla fundamental del orden jurídico depende de que los jueces continúen con la práctica de aplicar reglas válidas. Dyzenhaus piensa que, aunque la posición de Hart al momento del debate era clara acerca de que los ciudadanos debían desobedecer leyes extremadamente injustas, su posición era oscura en el caso de que los jueces debieran enfrentar una ley injusta. Si se acepta esta opinión, habría que concluir que Hart era en esa época un positivista jurídico respecto de los ciudadanos, pero un positivista ideológico respecto de los jueces. Por supuesto que esta duda queda disipada con la aparición de *The Concept of Law*, donde Hart dice con toda claridad que tanto los ciudadanos, como los funcionarios deben rehusarse a aplicar leyes inmorales.⁶⁰

⁵⁹ Cfr. DAVID DYZENHAUS, "The Grudge Informer Case Revisited", *New York University Law Review*, cit., pp. 1008-1010. Es bueno recordar que en el caso de la esposa acusada el tribunal destacó expresamente que "no podía sostenerse que las leyes (cuestionadas) violaran el derecho natural". Y también es interesante observar que la absolución de los jueces –decidida en otros casos– se fundó en el muy dudoso argumento de la defensa de intimidación, debido al supuesto peligro que hubieran corrido dichos jueces al decidir de otra manera. Cfr. H. O. PAPPE, "On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era", *The Modern Law Review*, vol.23, number 3 (1960), pp. 263 y 268.

⁶⁰ HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 207-208.

Evaluando las tesis: Hart

¿Qué juicio merece la posición que Hart defendió en el debate? Como contribución original de él, ciertamente no justifica muchos elogios. En su trabajo –previo al debate– acerca de la eventual existencia de derechos naturales, su ejemplo central es una copia del principio milliano del daño, y en el debate mismo, su defensa de la tesis de la separabilidad entre el derecho y la moral es una copia de las ideas de Bentham y Austin. Prácticamente, Hart extrae todos sus argumentos principales de las tesis de los utilitaristas. Pero ¿qué puede decirse de la tesis, aparte de su carencia de originalidad?

Waldron ha sido severo con ella. Él piensa que el debate entre Hart y Fuller puede resumirse en dos preguntas:

1: ¿Se encuentra la observancia de los principios de legalidad entre los criterios necesarios para la aplicación de los conceptos de “derecho” y de “sistema jurídico” respecto de un sistema de reglas?

2: ¿Constituye la observancia de los principios de legalidad una diferencia positiva respecto de la calidad moral de un sistema de reglas?

Considera luego dos respuestas posibles para cada una de esas preguntas:

1a: La observancia de los principios de legalidad se encuentra entre los criterios necesarios para la aplicación de los conceptos de “derecho” y de “sistema jurídico”. Existe un punto en un sistema ante el cual el fracaso en observar los principios de legalidad tiene que hacernos decir que él no cuenta como un sistema jurídico.

1b: La observancia de los principios de legalidad no se encuentra entre los criterios necesarios para la aplicación de los conceptos de “derecho” y de “sistema jurídico”. El que un sistema de reglas cuente como un sistema jurídico es algo que está determinado independientemente de que ese sistema observe –y en qué medida lo haga– los principios de legalidad.

2a: La observancia de los principios de legalidad tiende a constituir una diferencia moral positiva respecto de un sistema de reglas.

2b: No puede formularse ninguna generalización confiable acerca de la diferencia moral que produce la observancia de los principios de legalidad en un sistema de reglas.⁶¹

⁶¹ HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 185-186.

Por supuesto, la posición de Hart en el debate está representada por las respuestas 1b y 2b, mientras que la de Fuller se muestra en 1a y 2a. Pero Waldron examina luego con detalle todos los trabajos en los que Hart se refiere al tema y encuentra inconsistencias en ellos, con respuestas a veces favorables a 1a y a 2a. Con razón, Waldron hace notar que responder –a la vez– 1a y 2a es incompatible con el positivismo jurídico. Pero creo que si alguien responde 1b, ya con esa respuesta cualifica como positivista, independientemente de que responda luego 2a o 2b.

Sin cuestionar de ninguna manera el estudio de Waldron, creo que el mejor enunciado de la posición de Hart, ya latente en el debate, aparece en *The Concept of Law*,⁶² como ya he mostrado. No es en ningún sentido una verdad necesaria que el derecho reproduzca o satisfaga ciertos requerimientos de la moral. Para Waldron,⁶³ esta caracterización permite afirmar que algunos aspectos de lo que consideramos derecho tienen significación moral, pero no creo que los positivistas tiendan a negarlo, especialmente –como veremos– los partidarios de la versión débil del positivismo, como lo era Hart.

Yo pienso que la respuesta 1a es incompatible con el positivismo jurídico, pero que 2a no lo es. También pienso, sin embargo, que 2a es una respuesta incorrecta y que debe responderse 2b, pero pospongo el argumento hasta la oportunidad en que evalúe la tesis de Fuller. Menciono ahora, sin embargo, una tibia defensa de Leslie Green respecto de 1a y 2a. Él cree que existen relaciones necesarias entre el derecho y la moral, y pone tres ejemplos de ellas: a) necesariamente, el derecho y la moral contienen normas; b) necesariamente, el contenido de cualquier norma moral podría ser el contenido de una norma jurídica; y c) necesariamente, ningún sistema legal contiene algunos de los considerados vicios personales.⁶⁴ Percibiendo tal vez la debilidad de sus ejemplos, Green reconoce que probablemente Hart los considerará como excepciones triviales. Además de ser triviales, por cierto, tengo mis dudas sobre la verdad de c), ya que es posible encontrar vicios personales –como el racismo– incorporados en normas jurídicas como las del derecho nazi.

Hasta el momento, la evaluación no es alentadora para Hart: no es original y tal vez es inconsistente, aunque no cuando formula su mejor caracterización del positivismo jurídico. ¿Hay algo más para decir en su favor? Ciertamente sí.

Ante todo, Hart tenía razón en el debate con Fuller. Tenía razón en rechazar la idea de que la palabra “deber” implicara siempre una referencia a criterios

⁶² HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 185-186.

⁶³ WALDRON, “Positivism and Legality...”, cit., p. 1169.

⁶⁴ GREEN, cit., p. 1044.

morales, puesto que esa palabra refleja muchas veces criterios críticos que no son morales. Tenía razón en negar que la separación entre el derecho y la moral hubiera contribuido a los horrores del nazismo. El derecho no es la moral, y no debemos dejar que suplante a la moral. Tenía razón en coincidir con los utilitaristas en que algo puede ser derecho y, a la vez, ser demasiado malo como para ser obedecido. Tenía razón en negar que la igualdad ante la ley constituyera una garantía valiosa, ya que una ley puede aplicarse con total imparcialidad y ser –sin embargo– odiosamente opresiva.

Creo que su principal error, en cambio, fue no advertir que su tesis 2 acerca de la separabilidad entre el derecho y la moral depende de su tesis 5, en el sentido de que los juicios morales no son ni verdaderos ni falsos. Es la 5 la que sostiene a la 2.

Evaluando las tesis: Fuller

¿Qué juicio merece ahora la posición defendida por Fuller? Un juicio poco elogioso, ciertamente. Su principal error, desde luego, consistió en creer que lo que él denominaba la moral interna del derecho estaba constituido por un conjunto de principios morales. El que primero advirtió el error fue Dworkin quien, con todo acierto, explicó que los requerimientos de Fuller no son condiciones para crear un buen derecho, sino condiciones para crear derecho, bueno o no; son estrategias que deben cumplirse para lograr cualquier propósito que el legislador tenga en la mente, y esto no significa –desde luego– que cualquier legislador que logra crear derecho está observando algún tipo de moral.

Dworkin piensa, con razón, que es un error poner ejemplos de inmoralidad política que al mismo tiempo configuran la violación de algunos de los principios de Fuller para extraer de esos ejemplos la conclusión de que los principios violados establecen pautas morales. Un legislador que siga los principios de Fuller solo con el propósito de crear un mal derecho ciertamente no está cumpliendo con principios morales.⁶⁵

Pese a esta explicación clara y concluyente, algunos autores insistieron en mantener la confusión fulleriana. MacCormick, por ejemplo, piensa que algunos modos de organizar los asuntos humanos pueden tener un valor positivo y que este puede ser un valor moral, incluso en situaciones en las que pueden existir valores morales contrapuestos. En otras palabras, cree que tratar a la gente con una equidad formal, de un modo racional y predecible, con criterios públicos predecibles para

⁶⁵ RONALD DWORKIN, "The Elusive Morality of Law", *Vilanova Law Review*, vol.10, 1965, pp. 632-633.

la conducta de los ciudadanos y la respuesta de los funcionarios, tiene un valor independiente, incluso cuando la sustancia de lo que se hace no se ajuste a ninguna idea relevante de justicia sustantiva. Y concluye cayendo claramente en el error de Fuller respecto del carácter de la eficiencia: la eficiencia tiene un valor especial, tiene un valor moral y su ausencia es moralmente mala.⁶⁶

Voy a considerar enseguida esta confusión de MacCormick, pero antes quiero mencionar la confusión de Raz acerca de este tema, para poder tratar ambas posiciones de manera conjunta. Él sugiere algunos principios —que considera que se derivan de la primacía del derecho (*rule of law*)— que resultan parecidos a los que Fuller piensa que constituyen la moral interna del derecho. El propio Raz reconoce que su lista es similar a la de Fuller, aunque su opinión acerca de él resulta contradictoria: mientras dice al comienzo de su trabajo que la discusión de Fuller acerca de sus principios “está llena de buen sentido”, sostiene más adelante que muchas de las pretensiones de Fuller son “débiles e insostenibles”.⁶⁷

Los principios propuestos por Raz son los siguientes: a) todas las leyes deberían dirigirse hacia el futuro, ser abiertas y claras; b) todas las leyes deberían ser relativamente estables; c) las leyes particulares deberían ser orientadas por leyes generales abiertas, estables y claras; d) debe garantizarse la independencia del Poder Judicial; e) los principios de la justicia natural (una audiencia abierta y equitativa, carente de prejuicios) deben ser respetados; f) los tribunales de justicia deberían tener el poder de revisar la implementación de los otros principios; g) los tribunales de justicia deberían ser fácilmente accesibles; y h) la discrecionalidad de las agencias encargadas de prevenir el delito no debería subvertir la ley.⁶⁸

Por supuesto que nadie quiere discutir lo adecuado de estos principios. El problema es otro, el problema es su *status*, y acerca de esto Raz tiene una gran confusión. Dice, por ejemplo, que ajustarse a la primacía del derecho y —por ende— a estos principios, es una virtud, y elogia esa primacía porque permite elegir estilos de vida y hacer planes a largo plazo y porque la previsibilidad incrementa nuestros poderes de actuar, a la par que respetar la dignidad de las personas humanas implica tratarlas como seres capaces de planear su futuro.⁶⁹ Pero una regla estable y clara es compatible con un contenido que determine que todos los judíos deben morir

⁶⁶ NEIL MAC CORMICK, “Natural Law and the Separation of Law and Morals”, en George (ed.), *Natural Law Theory*, cit., pp. 122-124.

⁶⁷ JOSEPH RAZ, “The Rule of Law and Its Virtue”, en *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 218 y 223.

⁶⁸ RAZ, cit., pp. 214-218.

⁶⁹ RAZ, cit., pp. 219-221.

en campos de exterminio, por ejemplo. Si uno es judío, puede predecir su futuro con gran precisión y hasta planear algo al respecto (resistir, huir, suicidarse), pero ¿dónde se encuentra la virtud de esta regla? ¿En qué sentido ella es moral?

Raz percibe esto, sin duda, y por eso reconoce que la primacía del derecho es compatible con gruesas violaciones a los derechos humanos. Dice –entonces– que la primacía del derecho es un valor negativo y la compara con la honestidad, entendida como la ausencia de engaño; la conformidad con ella no causa un bien sino a través de evitar un mal. Luego de esto, y de haber dicho que se trataba de una virtud, aunque sea negativa, Raz produce cierta perplejidad al reconocer que el intento de Fuller de establecer una conexión necesaria entre el derecho y la moral es un intento que fracasa.⁷⁰ Reconoce Raz, pues, que la conformidad con la primacía del derecho es compatible con la circunstancia de que el derecho sirva a malos propósitos, pero insiste en que la conformidad con la primacía del derecho es un valor inherente en las leyes. La confusión de Raz queda expuesta, sin dudas, en el párrafo en el cual sostiene que el derecho tiene una virtud específica, pero que se trata de una virtud moralmente neutral, ya que es neutral respecto del propósito para el cual se usa el instrumento, y es la virtud de la eficiencia, la virtud del instrumento en tanto instrumento. Esta virtud es la primacía del derecho.⁷¹

Aquí puede apreciarse cómo Dworkin vio las cosas mucho más adecuadamente que Raz. Los dos apreciaron que los principios fullerianos que constituían la moral interna del derecho no eran principios morales tal como usualmente se los entiende, y los dos entendieron que eran principios de eficiencia. Pero mientras Dworkin comprendió desde un comienzo que la eficiencia no tiene que ver con la moral, Raz confundió las dos cosas y la interpretó como una virtud. Fuller, desde luego, también pensaba que sus principios de moral interna del derecho tenían valor. Más aún, del hecho de que se trate de principios formales no debemos inferir que Fuller les asignaba solo un valor instrumental, puesto que yo creo que la interpretación correcta consiste en sostener que Fuller pensaba que eran principios formales pero dotados de valor intrínseco.

Sin embargo, la eficiencia no es una virtud, ni es un valor: es un modo de tratar a los valores. Cuando ella se aplica a un valor es elogiable, pero cuando se aplica a un disvalor es repudiable. La eficiencia en el manejo de un hospital de enfermos agudos es elogiable, mientras que la eficiencia en el manejo de un campo de concentración no lo es. (No me extendiendo en el tema puesto que este

⁷⁰ RAZ, cit., pp. 221 y 224.

⁷¹ RAZ, cit., pp. 225-226.

es el punto central del capítulo 1). Por eso la respuesta correcta a la pregunta 2 de Waldron acerca de si la observancia de los principios de legalidad constituye una diferencia afirmativa respecto de la calidad moral de un sistema de reglas, es –como ya he dicho– 2b. No puede formularse ninguna generalización confiable acerca de la diferencia moral que produce la observancia de la legalidad en un sistema de reglas, porque esa observancia lo único que garantiza es la eficiencia, y no podemos saber si la eficiencia es recomendable o no antes de conocer el contenido del sistema. ¡Ojalá el sistema nazi hubiera sido menos eficiente de lo que fue! Quiero enfatizar aquí –además– mis diferencias con la posición de Waldron en este aspecto, que ya he mencionado. Él cree que el positivista jurídico no puede responder –conjuntamente– 1a y 2a, pero que sí puede responder una de las dos, sin la otra. Yo creo que el positivista jurídico no puede responder 1a, con o sin 2a; si lo hace, deja de ser positivista. Pero si responde 1b, sigue siendo positivista, sea que responda 2a o 2b.

¿Hay algo más que podamos decir acerca de Fuller? Nuevamente, sí, y lo primero es que no tenía razón en el debate. No tenía razón cuando sostuvo que existe más afinidad entre la bondad y la coherencia que entre la maldad y la coherencia. Los nazis fueron coherentes en su teoría y en su práctica. No tenía razón cuando identificó la aceptación de una norma con su corrección, porque aquella puede deberse al temor al castigo. No tenía razón cuando observó que la tesis de la separabilidad en Bentham y Austin provenía de su idea de la norma como orden; una cosa no tiene nada que ver con la otra, como lo mostraron precisamente Kelsen y Hart, que rechazaron la teoría de la norma como orden y retuvieron –no obstante– la tesis de la separabilidad. No tenía razón cuando sostuvo que existe un dilema entre obedecer al derecho, que crea un deber moral de obediencia, y obedecer al deber moral de hacer lo que pensamos que es correcto y decente. El primer cuerno del dilema es falso, porque el derecho crea un deber legal de obediencia, sí, pero no un deber moral. No tenía razón cuando dijo que los dictadores se apartan de la moral interna del derecho; un dictador –por desgracia– puede ser eficiente. Por último, y de manera rotunda, no tenía razón cuando culpó al positivismo jurídico de haber facilitado el ascenso del nazismo. Los nazis fueron ayudados por el decisionismo de Carl Schmitt, y no por el positivismo de Kelsen. (Tampoco persigo el tema aquí puesto que lo he tratado en el capítulo 12).

Haciendo el balance

Llegó el momento de las conclusiones finales. En primer lugar, parece claro que no fue un buen debate, lo cual muestra que la filosofía del derecho —por fortuna— progresó grandemente en los últimos cincuenta y cinco años. Hart dijo cosas acertadas, pero poco originales, y Fuller dijo cosas originales, pero poco acertadas.

La idea de la fidelidad al derecho es la fuente central de las confusiones de Fuller. Él presupone que existe una obligación moral de obedecer al derecho, y por eso se esfuerza en poner condiciones para reconocer a algo como derecho, mientras que Hart no tiene ese problema porque no acepta la existencia de esa obligación moral. Como hace notar Murphy, Fuller estaba interesado en el tema de cómo debería ser el derecho para merecer nuestra fidelidad, mientras que Hart dejaba abierto el tema de la fidelidad y presentaba el contenido del derecho como dependiendo de cuestiones de hecho.⁷²

Una diferencia central entre Hart y Fuller parece consistir en la circunstancia de que para el primero el derecho no debe tener un propósito específico, mientras que el segundo piensa lo contrario. En los dos casos las leyes pueden ser instrumentales, pero en el primero lo son respecto de cualquier propósito. Leslie Green coincide con Hart en que la idea de un propósito genérico es innecesaria y que diferentes fines de mediano plazo pueden cumplir con la tarea; cree también que no se requiere un propósito genérico para explicar por qué todos los sistemas jurídicos tienen ciertos rasgos comunes.⁷³ Otra vez aquí la necesidad de un propósito proviene de la idea de Fuller de que el derecho debe perseguir ciertos fines para ser merecedor de fidelidad. Si se prescinde de la idea de fidelidad, la idea de que el derecho debe tener un propósito genérico es tan extraña como la de sostener que un martillo tiene que tener un propósito genérico.

Ya que he puesto énfasis en las diferencias que separaron a Hart y Fuller en el debate, quiero concluir mostrando brevemente que no es tanto lo que los separa. Debe tenerse presente, primero, que Hart es un positivista débil, esto es, que solo sostiene que existe al menos un sistema jurídico cuya regla de reconocimiento no

⁷² LIAM MURPHY, "Better to See Law This Way", en *New York University Law Review*, cit., pp. 1089 y 1092. Hart no pudo ser más claro cuando dijo que "la mera existencia de un sistema jurídico, independientemente del carácter de sus leyes, no es suficiente en ninguna teoría inteligible de la moral para concluir que una persona debe hacer lo que las leyes le exigen hacer". H. L. A. HART, "Problems of Philosophy of Law", en Paul Edwards (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, New York, MacMillan Publishing Co., 1967, vol.6, p. 275.

⁷³ LESLIE GREEN, "Law as Means", en Cane (ed.), cit., p. 183.

hace mención de la moral. Pero acepta, sin duda, que hay sistemas jurídicos, tal como el de los Estados Unidos, cuyo criterio último de validez jurídica incorpora explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos.⁷⁴ Esta posición lo acerca a Fuller, puesto que es mucho más conciliadora que la del positivismo fuerte. Y el iusnaturalismo formal de Fuller es –por su parte– mucho más conciliador con la posición de Hart que el iusnaturalismo sustantivo.

Hart ciertamente llama “derecho” a sistemas cuyas normas contienen preceptos inmorales, y –aunque con más parsimonia– Fuller tampoco les hubiera negado a todos ellos ese rótulo (como no lo hubiera hecho tampoco Radbruch). Ideológicamente, ambos simpatizaban con posiciones liberales y democráticas; su disputa acerca del régimen nazi no oculta el hecho de que ambos aborrecían al nazismo.

El problema reside en la idea de fidelidad al derecho, la que –a su vez– se basa en la idea de que el derecho requiere un deber moral de obediencia; esta idea motiva todo el esfuerzo de Fuller para encontrar al menos una moral procedimental para el derecho. Si se logra transmitir una idea distinta, la idea de que el derecho genera solo una obligación legal –pero no moral– de obediencia, entonces la preocupación de Fuller carece de sentido y su conflicto con Hart tiende a esfumarse. No puedo exagerar diciendo que el conflicto desaparece: Hart, por caso, tiene una posición más tolerante que Fuller acerca de las normas retroactivas, pero de todos modos dista de considerarlas recomendables.

El debate, desde luego, no versa sobre una simple cuestión definicional, no se trata solo de decidir si la definición de derecho debe o no incluir alguna referencia a la moral, sino de proporcionar argumentos para esa decisión. Si fuera solo una cuestión definicional, sería puramente analítica, desprovista de influencia práctica. Pero me parece que ambas partes comprendieron que el tema a decidir consistía en determinar cuál de las definiciones en juego explicaba mejor los hechos de la realidad.

Desde esta perspectiva, entonces, el debate no tuvo una gran jerarquía intelectual. Es bueno, sin embargo, recordarlo más de cincuenta años después, para volver a lo básico y preguntarse si había razones de peso para la larga disputa entre el positivismo jurídico y la escuela del derecho natural (y para responder que no las había).

⁷⁴ HART, *The Concept of Law*, cit., p. 202. En el *Postscript* (p. 250) dice expresamente que su doctrina es la del positivismo débil.