

¿SON GENUINAS LAS REGLAS GENUINAS DE CRISTINA REDONDO?

Algunas observaciones a “Reglas genuinas y positivismo jurídico”

Marisa Iglesias Vila

Hay pocos temas que sean tan controvertidos y complejos como el de la normatividad del derecho en general y de las normas jurídicas en particular. Por una parte, estamos ante uno de aquellos grandes temas que nos conducen a discutir los problemas centrales de la filosofía del derecho. Por otra parte, la literatura que ha abordado la cuestión de la normatividad jurídica ha construido un sofisticado entramado conceptual en el que es difícil entrar con seguridad. Por esta razón, la primera sensación que una tiene cuando lee un texto como “Reglas genuinas y positivismo jurídico” es de admiración, pero a la vez también de precaución. Cristina es de las pocas autoras capaces de adentrarse en el complicado mundo de las razones para la acción y extraer una posición sólida en torno a cómo el positivismo jurídico debe enfrentar la cuestión de la normatividad del derecho. Y este artículo es el reflejo de un esfuerzo permanente para llevar a sus últimas consecuencias esta posición. Así que mis comentarios a este rico trabajo sólo pueden verse como observaciones que surgen de una lectura aficionada en una problemática altamente técnica.

Dividiré mi exposición en dos bloques temáticos. En el primero, expresaré algunas dudas respecto al carácter formal de la concepción de las reglas genuinas que se expone en el texto. En el segundo efectuaré algunos comentarios en torno a la concepción del derecho que me parece que hay detrás de la propuesta de Cristina.

I

La tesis general de Cristina es que el positivismo jurídico sólo puede afirmar que las normas jurídicas son reglas genuinas y tienen carácter práctico si no relacionamos la idea de regla genuina con el peso, ya sea objetivo o subjetivo, que ésta pueda tener para determinar un resultado en una ocasión particular. En su opinión, el positivismo jurídico sólo puede afirmar que las normas jurídicas son reglas genuinas si se parte de una concepción formal de qué es ser una regla genuina.

1. La primeras dudas que me genera la posición de Cristina tienen que ver con cuál es esta concepción formal de las reglas genuinas y con la cuestión de si esta concepción es tan formal como parece a primera vista. En un primer momento, parece que un enunciado normativo expresa una regla genuina si posee la estructura lógica o profunda de un condicional estricto y, por tanto, es lógicamente inderrotable (cuando

admitimos que la norma es aplicable a los casos respecto de los que es internamente aplicable). Pero ¿qué hace que un enunciado normativo como “el que mate a otro utilizando veneno debe ser condenado a prisión por asesinato” sea un condicional estricto y no una mera generalización transparente?

Veamos cómo se construye la concepción de las reglas genuinas defendida en el texto. Cristina, en primer lugar, parte de asumir que un mismo enunciado normativo puede tener la estructura lógica tanto de un condicional estricto como de un condicional derrotable. Para poder distinguir entre ambos necesitamos ver cómo este enunciado normativo “es considerado por los agentes en los casos en los que el enunciado es aplicable” (p. 247) o, también en palabras de Cristina, estaremos ante un condicional estricto cuando “los enunciados normativos sean aceptados como “reglas genuinas” (p. 248). Así, parece que el carácter práctico de una regla, en esta versión de las reglas genuinas, depende de cómo usemos (no se si todos o algunos) las formulaciones normativas, de cómo reaccionemos ante ellas.

En segundo lugar, del texto se desprende que para poder afirmar que estamos ante una regla genuina no basta simplemente atender a la mera conducta externa de los agentes. Si ello fuera así, no podríamos distinguir entre los actos de mera coincidencia con la regla y los actos de seguimiento o vulneración de la regla. Para poder sostener que alguien, por ejemplo, reconoce una regla como tal (como regla genuina) a pesar de que acaba vulnerándola, debemos entrar a analizar, como mínimo, qué es lo que cree respecto al enunciado normativo en cuestión, es decir, si es visto como una mera generalización transparente, que admite excepciones implícitas, o si es visto como un condicional estricto.

En tercer lugar, dado que para ver si estamos ante una regla genuina requerimos analizar el elemento psicológico, la cuestión es qué es lo relevante para que una regla sea aceptada como genuina. Cristina insiste en que una regla puede ser genuina, y tener carácter práctico, aunque el enunciado normativo carezca de la fuerza suficiente para vencer otras razones en la determinación de un resultado, esto es, con independencia de que genere ya sea razones objetivas o razones subjetivas para la acción (pp. 252 y 253). Dejando ahora al margen la discusión acerca de si existe alguna vinculación entre la derrotabilidad sustantiva y la pérdida de inderrotabilidad lógica¹, Cristina asume que la existencia de una regla genuina no está relacionada con la fuerza de las reglas como razones, sino con ciertos compromisos pragmáticos que acompañan a la identificación

¹ Aunque no trataré esta cuestión, creo que hay una cierta relación entre la derrotabilidad sustantiva y la pérdida de inderrotabilidad lógica. Es cierto, como indica Cristina, que no es adecuado ver la derrotabilidad lógica como la mera expresión formalizada de la derrotabilidad sustantiva (nota 30) porque perderíamos rendimiento explicativo. Ahora bien, figuras como la desuetudado pueden explicarse conectando los dos tipos de derrotabilidad. Lo que en un primer momento puede verse como actos de desobediencia a una norma porque hay otras razones de más peso, puede pasar a ser visto como actos de identificación de excepciones implícitas y, al final, incluso, como una completa ignorancia de la presencia del enunciado normativo no ya como condicional estricto sino como mera generalización transparente.

de un enunciado normativo general como condicional estricto. Estos compromisos son los siguientes:

a) El compromiso de “tener invariablemente en cuenta la misma razón en todos los casos en los que la misma es internamente aplicable” (p. 269, también 264 y 265)”, es decir, el compromiso de tratar del mismo modo todos los casos que caigan dentro del campo de aplicación de la regla. Entonces, el enunciado normativo “el que mate a otro utilizando veneno debe ser condenado a prisión por asesinato” será aceptado como una regla genuina cuando el que usa esa regla para determinar la solución de un caso particular se compromete a ofrecer la misma solución normativa a todos los casos futuros en los que alguien mate a otro con veneno.

b) El segundo compromiso, que suaviza el anterior, es el de ofrecer razones de por qué no se actúa conforme a la regla cuando la solución final no se acabe ajustando a ella (p. 269). Así, para que haya una regla genuina no se requiere que siempre se aplique la regla a los casos que abarca, sino tan sólo que cuando alguien se aparta de la regla admita que se está apartando y dé razones de por qué lo hace.

A mi modo de ver, la concepción de las reglas genuinas de Cristina deja de ser formal cuando nos habla de estos dos compromisos pragmáticos. Al mismo tiempo, la inclusión de estos dos compromisos acaba fundiendo los problemas de identificación y aplicación de reglas que ella misma pretende separar (pp. 255 y 273). Veamos por qué.

Estos compromisos no son, según el texto, compromisos morales sino el reverso de una expectativa que deriva de una práctica social en el uso del lenguaje de las consideraciones normativas generales (p. 269). A mi me parece que esto no es cierto si asumimos la perspectiva semántica usual dentro de los filósofos analíticos². Aunque pudiese ser verdad que no son compromisos morales, lo que no pueden ser es un mero reflejo de una expectativa en el uso del lenguaje. Los compromisos de tratar igual todos los casos en los que la regla es internamente aplicable y, en caso de no ser así, justificar con razones por qué no se ha hecho de este modo, no están relacionados con la identificación de las reglas sino con su aplicación como herramientas para resolver casos.

Cristina podría haber rechazado la concepción estándar de las reglas genuinas defendiendo una concepción formal y referida solamente a la identificación de reglas, pero no es esto lo que ha acabado haciendo. Para que Cristina estuviera defendiendo una concepción formal de las reglas genuinas el único compromiso que debería haber asumido es un compromiso lingüístico relativo a qué es lo que podemos afirmar sin caer en contradicción: si no aplicamos la regla a los casos a los que internamente se aplica

² Ciertamente podríamos mantener otra perspectiva semántica que no pretende separar el contexto de identificación del de aplicación. Pero esta línea sería la de posiciones como la de la teoría interpretativa de Dworkin o la defendida por la hermenéutica, que Cristina en el texto parece descartar (nota 16).

deberemos asumir que la estamos vulnerando y no simplemente que estamos identificando una excepción implícita. Éste es el único compromiso pragmático que, a mi modo de ver, admite una concepción formal. El compromiso de ofrecer razones de por qué se vulnera una norma va mucho más allá del mero compromiso de asumir que se vulnera la norma cuando ésta no se usa para determinar la solución de un caso. El primero es un compromiso relativo a la aplicación de reglas, el segundo está relacionado con su identificación.

Siguiendo ahora el propio objetivo del texto de separar identificación y aplicación, asumir que al no aplicar la regla la estamos vulnerando sería algo previo a dar razones de por qué la hemos vulnerado. En el primer caso identificamos un enunciado normativo como regla con independencia de cómo nos comportemos respecto a ella. Esto coincidiría con las pretensiones formalistas de Cristina. En el segundo, en cambio, estamos en el contexto de cómo la gente se comporta ante la presencia de una regla, pero no en cómo se comporta lingüísticamente, sino en qué medida utiliza una regla como guía de conducta.

Si la concepción formal de las reglas genuinas que se defiende en este trabajo requiere el compromiso de dar razones de la vulneración de una regla, entonces esta posición no puede separar el contexto de identificación de reglas genuinas del de su aplicación. Ahora bien, esta concepción permite hablar del carácter práctico de las reglas porque, sea cuál sea nuestra idea sobre el carácter práctico, no podemos dejar de relacionarlo con la acción, con la utilización de las reglas como instrumentos para determinar una solución, es decir, con la aplicación de reglas y no con su identificación. Desde esta perspectiva, la existencia de reglas marca una diferencia práctica porque debe razonarse su no seguimiento.

Así, en definitiva, creo que la posición de Cristina respecto de las reglas genuinas permite explicar el carácter práctico de las reglas (jurídicas o de cualquier otro tipo) porque no es tan formal como parece. Si su concepción de las reglas genuinas hubiera sido formal se hubiera limitado a indicar que una regla es genuina sólo cuando no podemos afirmar al mismo tiempo que la regla se aplica internamente a un caso y que, a pesar de ello, si no la aplicamos no la estamos vulnerando. Aquí se mantendrían separados los contextos de identificación y los de aplicación, pero entonces no veo como podría esta noción de regla genuina apoyar en algo la idea de que las reglas tienen carácter práctico³.

³ Claro que siempre podremos redefinir la noción de carácter práctico y hacerla interdefinible con la de reglas genuinas desde una determinada concepción de las mismas. Pero, para no acabar razonando circularmente, creo que es muy razonable relacionar el carácter práctico con la motivación para actuar, con la fuerza motivacional de las reglas y, por tanto, con la aplicación de reglas. Con ello, si se admite que la fuerza motivacional es definitoria de la idea de regla, entonces, el contexto de identificación de reglas no se puede separar del contexto de aplicación.

El problema que encuentro en el texto es que pretende presentar una concepción formal de las reglas genuinas, que permita explicar el carácter práctico de las reglas pero que, al mismo tiempo, sea “una posición positivista que no confunde los problemas de identificación con los de aplicación” (p. 273). Quizá, aunque el intento de Cristina es loable, no sea posible hacer tantas cosas a la vez.

2. Pero hay otra razón por la que yo diría que esta concepción de las reglas genuinas no es tan formal como aparenta a primera vista. A mi modo de ver, si decimos que tratar un enunciado normativo como una regla genuina conlleva aceptar los compromisos de igualdad formal y el de aducir razones en caso de no seguimiento, estamos entrando en la cuestión de cuál es la fuerza que tiene una regla para determinar un resultado en particular. Por una parte, cuando hablamos del compromiso de generalización o de igualdad formal, estamos asumiendo que la existencia de la regla es una razón más fuerte que otras razones para resolver el caso en el que ésta es aplicable, y ello por el hecho de que esta regla ya ha sido usada anteriormente. Aquí, el que la regla haya sido usada en el pasado es una razón para seguir usándola en el futuro. Y esta razón sería la que permitiría otorgar peso a la regla en competición con otras consideraciones. A esta lógica obedecen los ideales de predictibilidad, seguridad jurídica, deferencia a la tradición, etc. Estos ideales, morales o no, son utilizados para otorgar peso a las reglas en la determinación de cómo debemos actuar en un caso particular. Si creemos, por ejemplo, que la predictibilidad es importante porque este estándar permite proteger a la ciudadanía contra la arbitrariedad, esto hará que otorguemos peso a la regla en competencia con otras consideraciones políticas o de justicia material.

A mi me cuesta ver cómo podemos apelar a la igualdad formal sin estar apelando al mismo tiempo a razones sustantivas como las anteriores y, por tanto, a la dimensión de peso que una regla puede tener para determinar un resultado. En este caso, si asumimos este compromiso, lo que tendrá peso será el hecho de que la regla haya sido usada en el pasado. Este uso habrá generado una expectativa de que se actuará del mismo modo en el futuro, pero esta expectativa no es de mero uso del lenguaje como se supone en el texto, sino una expectativa de conducta no arbitraria.

Si esto es así, la concepción de las reglas genuinas de Cristina no es estrictamente formal y, en definitiva, está asumiendo una serie de valores que están implícitos en sus presupuestos. Como sucede con la cuestión anterior, su concepción sólo sería formal, y podríamos estar hablando de una mera práctica de uso del lenguaje, si el compromiso de generalización no tuviera nada que ver con cómo se comporta la gente y qué es lo que motiva a actuar, sino solamente con qué es lo que la gente puede

afirmar una vez asume que está ante una regla⁴. Y aunque este trabajo es ambiguo cuando se hace referencia al carácter del compromiso pragmático de generalización, creo que tiene en mente la acción no lingüística y el uso de las normas como guía de conducta.

Este punto se vislumbra todavía más claramente cuando se hace referencia al segundo compromiso pragmático: el de aducir razones cuando nos desviamos de la regla aplicable para solucionar el caso. Aquí me parece muy claro que estamos hablando de la aplicación de reglas y no de su identificación. En este punto no se exactamente qué tenía Cristina en mente, pero parece que este compromiso es muy débil y sólo exige que el que vulnera la regla indique por qué la vulnera. Pero sería extraño asumir que cualquier razón aducida vale para cumplir con este compromiso, y si no vale cualquier razón, será que algunas pesan más que otras. Cuando en el texto se afirma que hay una expectativa general, en términos de Cristina, “en que se mencionen aquellas razones en virtud de las cuales la conclusión final se desvía de la solución sobre la que existía una expectativa” (p.269), supongo que no se está pensando en el razonamiento psicológico que alguien ha seguido para desviarse de la regla, sino en aquellas razones que pueden ofrecerse como razones públicas y que vienen acompañadas de un compromiso de generalización equivalente. Si aducir las razones de por qué no se usa una regla significa algo más que explicar el proceso psicológico que ha llevado a alguien a vulnerar la regla, entonces, algún mínimo peso esas razones deberán tener. Cumplir con la expectativa social que se menciona exigirá justificar la desviación más que meramente aducir razones⁵. En definitiva, no veo cómo podemos hablar de un compromiso de razonar la vulneración de una norma si no es entrando a discutir, directa o indirectamente, su peso como razón. Al igual que sucede cuando estamos en el contexto de seguimiento de precedentes judiciales, el que se aparta de la regla debe mostrar que hay razones de suficiente peso para vencer la fuerza que tiene la estabilidad en el uso de la regla.

En suma, mis dos primeras observaciones a este magnífico artículo simplemente expresan algunas dudas sobre el carácter formal de esta concepción de las reglas genuinas, dudas que se extienden a la cuestión de si, en última instancia, una concepción formal de las reglas genuinas puede dar cuenta del supuesto carácter

⁴ El compromiso de usar una regla invariablemente no es equivalente al compromiso de admitir invariablemente la aplicabilidad de la regla a los casos a los que internamente se aplica. Sólo el segundo es un compromiso relacionado con la identificación de la regla.

⁵ En el ejemplo de la regla del asesinato no me parece que la expectativa que genera el reconocimiento de que estamos ante una regla pueda ser satisfecho meramente aportando razones del incumplimiento de la norma. Por ejemplo, si un juez reconoce, siguiendo la regla anterior, que alguien es asesino y que por tanto debe ser condenado a prisión, pero decide absolverlo, no satisfará la expectativa que pueda generar la presencia de esa regla indicando, pongamos, que en este caso ha decidido vulnerar la regla del asesinato porque no hay suficiente espacio en la prisiones españolas.

práctico de las reglas jurídicas. A mi me parece que no puede dar cuenta del carácter práctico porque éste se refiere a la aplicación de reglas y no a su identificación. De este modo, creo que la posición de Cristina hubiera sido más consecuente si simplemente hubiera asumido que las reglas, para ser tales, no requieren ni tener ni pretender tener fuerza práctica. Aquí, un enunciado normativo constituirá una regla genuina cuando asumamos que si no la aplicamos al caso al que es internamente aplicable entonces la estamos vulnerando. Seguramente, si las reglas jurídicas sólo exigieran esto a aquellos a los que se dirigen no podrían sobrevivir como instrumentos de control de conducta en el mundo real. Por esta razón, una concepción formal de las reglas genuinas sería impensable para cualquier perspectiva mínimamente funcional del derecho. Pero, vaya, hay muchas perspectivas posibles acerca del Derecho.

II

Otra de las preguntas que me sugiere este artículo tiene que ver con el positivismo ideológico y con la cuestión de qué hay de malo en asumir algunos postulados de esta teoría normativa. Este trabajo hace un esfuerzo enorme para distanciarse de cualquier posición que suene a positivismo ideológico (pp. 253, 265 y 266), tratando de mostrar que es posible dar cuenta de la normatividad del derecho desde un positivismo no ideológico. De hecho, Cristina muestra tener bastante aprensión por esta teoría y eso me preocupa porque yo me considero en algún grado positivista ideológica y me aventuraría incluso a afirmar que Cristina también parece serlo. Pero antes de explicar por qué, me gustaría centrarme un poco en algunas ideas del trabajo.

En el texto se niega que sea posible ser positivista y afirmar que las reglas jurídicas necesariamente ofrecen o pretenden ofrecer razones sustantivas para la acción, ya sean razones objetivas o subjetivas, morales o de cualquier otro tipo, absolutas o *prima facie* (pp. 265 y 266). Ahora bien, Cristina admite que es compatible con ser positivista no ideológico asumir el carácter práctico del derecho en la medida en que ello solamente requiera que algunas reglas (la regla de reconocimiento, por ejemplo), y no todas, sean aceptadas como razones sustantivas para la acción. También se asume (nota 46) que el positivismo no tiene por qué renunciar a la tesis de que el derecho proporciona razones objetivas, mientras pueda mostrar que éstas razones son independientes de la moral⁶. Esta última tesis me parece muy dudosa. ¿es realmente

⁶ De lo anterior deduzco que el problema para el positivismo no sería ni asumir que para que exista el Derecho algunas reglas han de tener peso como razones sustantivas ni mantener que el Derecho, como fenómeno en su conjunto, tiene fuerza práctica, sino defender que todas las reglas jurídicas deben tener o pretender tener peso como razones sustantivas para la acción, incluso si se trata de razones *prima facie*.

compatible defender una visión positivista y admitir que el derecho ofrece razones objetivas que no son morales?, ¿no encajaría mejor esta idea acerca de la normatividad jurídica con alguna versión del positivismo ideológico?

El texto es algo ambiguo cuando hace referencia al carácter práctico del derecho. A veces se está refiriendo a las reglas, otras a las reglas jurídicas y en otras al derecho en su conjunto, y no siempre avisa cuando pasa a hablar de una cosa a otra (pp. 265 y 267)⁷. Por esta razón, no es fácil ver cuál es la posición que se defiende acerca de los límites del positivismo metodológico en el contexto de la normatividad jurídica, dado que estos límites varían en función de si nos referimos a las reglas o al derecho en general. Como yo no me manejo muy cómodamente en este tema, sólo haré referencia a algunas implicaciones que creo que tiene la asunción de que el derecho tiene fuerza normativa, incluso si sólo estamos hablando de razones objetivas no morales.

En primer lugar, es importante trazar una distinción entre “pretender tener fuerza normativa” y “tener fuerza normativa”, distinción que en el texto queda algunas veces difuminada. Debería pensar mucho más en esta distinción y sus implicaciones, pero desde una lectura superficial diría lo siguiente: El derecho, al menos el derecho vigente, pretende fuerza normativa porque pretende aplicabilidad en tanto mecanismo para la obtención de fines sociales. Por esta razón, el derecho, por una parte, utiliza reglas genuinas como instrumento de control (enunciados normativos que aspiran a constituir condicionales estrictos) y, por otra, incluye en las reglas mecanismos para garantizar su aplicación (digamos, por ejemplo, sanciones y premios). Seguramente, no necesitamos nada más para explicar la pretensión de fuerza normativa que tiene el derecho. Podríamos dar explicaciones más sustantivas de esta pretensión, pero no es necesario para justificar esta afirmación.

Otra cosa muy distinta es asumir que el derecho tiene fuerza normativa, que el derecho ofrece razones para la acción, ya sean subjetivas u objetivas. Si ofrece razones subjetivas significa que los receptores de las reglas jurídicas de hecho las aceptan como guías de conducta aunque sólo fuese prima facie. Aquí, las reglas, por el hecho de ser jurídicas, marcan una diferencia práctica para un cierto grupo de personas⁸. Si, en cambio, el derecho ofrece razones objetivas significa que los receptores de las reglas jurídicas deberían aceptarlas como guía de conducta. Aquí, las reglas, por el hecho de ser jurídicas, deberían marcar una diferencia práctica⁹. Es en el contexto de las razones

⁷ Lo mismo me sucede con respecto a la distinción entre tener fuerza normativa y pretender tener fuerza normativa.

⁸ Como Cristina no siempre distingue entre cuando estamos hablando de reglas en general y cuando estamos hablando de reglas jurídicas, no queda claro en el texto si su preocupación central es el carácter práctico de las reglas o el carácter práctico de las reglas jurídicas, por ser jurídicas, es decir, por cumplir con los requisitos que hacen que una regla pertenezca a un ordenamiento jurídico.

⁹ Es cierto que podemos reducir la cuestión de la fuerza normativa (objetiva o subjetiva) del derecho como condición de su existencia al contexto de los oficiales y no a toda la ciudadanía. Ahora bien, creo que ello no implica, a diferencia de lo que piensa Cristina (p. 266) que entonces sólo algunas reglas

objetivas, y no en el anterior, donde nos estamos preguntando si hay un deber de obediencia a las reglas y qué es lo que justifica que haya ese deber. En mi opinión, no podemos afirmar que el derecho ofrece razones objetivas, sean éstas las que sean, sin poder justificar por qué, y esto nos conduce a tener que mostrar qué cualidades posee el derecho para generar un deber de obediencia, para merecer ser usado como guía de conducta, en preferencia o en competencia con otras alternativas.

Cristina, en el texto, asume que es posible ser positivista no ideológico y defender que el derecho ofrece razones objetivas no morales. Pero, como he indicado, defender esta tesis requiere articular una teoría sustantiva de qué propiedades del derecho justificarían un deber de obediencia, es decir, qué tiene de bueno el derecho para marcar una diferencia práctica. El hecho de que asumamos el fraccionamiento del razonamiento práctico y que creamos que el discurso jurídico tiene su propio ámbito práctico (el de la moralidad política, por ejemplo), no nos libera de justificar qué tiene de bueno el derecho para marcar una diferencia práctica. Si pretendemos afirmar de forma no arbitraria que el derecho ofrece razones objetivas que son autónomas deberemos poder explicar cuáles son los valores jurídicos u objetivos valiosos que sirven de justificación en este ámbito práctico y lo distinguen de otros. Ésta es la empresa que corresponde al positivismo ideológico, o al menos a una versión sofisticada de esta teoría que no caiga en la más bien caricatura de Bobbio.

Quizá el futuro del positivismo jurídico pase por ahí, por constituir una teoría normativa, evaluativa, sustantiva o ética (digámoslo cómo queramos) que muestre por qué es importante mantener separados el contexto del derecho y el contexto de la moral, es decir, que justifique con razones sustantivas por qué debemos defender la tesis de la separabilidad¹⁰. Esta teoría debería ofrecer una respuesta a la pregunta de qué es lo que garantiza el derecho que le permite generar sus propios deberes de obediencia, aunque sólo sean deberes *prima facie*¹¹.

Cada vez encontramos más autores trabajando en esta línea y creo que es una línea que tiene mucho interés. Aparte del énfasis que muchos hacen en que no es posible articular una concepción neutral del derecho y que, por tanto, toda concepción es en cierta medida evaluativa o normativa, algunos autores están ofreciendo directamente

jurídicas tendrán carácter práctico. Lo que implica es asumir que, aun cuando todas las reglas jurídicas tendrán carácter práctico, ya sea directa o indirectamente, este carácter práctico estará relacionado sólo con la motivación de los oficiales.

¹⁰ Dworkin insistía en este punto cuando hacía referencia a que la única forma competitiva de positivismo es un positivismo interpretativo. Waldron resume muy bien esta idea de Dworkin en el siguiente párrafo: “Dworkin believes that legal positivism is best understood as a particular set of claims about the relation between a) social norms that can be identified without the exercise of moral judgment and b) the moral importance of constraining the use of collective force in certain ways”. Waldron, J., “Normative (or Ethical Positivism”, 431.

¹¹ A mi modo de ver, aunque sólo estuviéramos ante deberes *prima facie*, ya podríamos pasar a rechazar el aforismo “Lex iniusta non est lex”, sin tener que rechazar, por ejemplo, que “lex iniustissima non est lex”.

razones sustantivas para seguir manteniendo la tesis de la separabilidad que caracteriza al positivismo jurídico¹². Estos autores estarían defendiendo, en palabras de Campbell o Waldron, una tesis prescriptiva de la separación¹³.

Tomemos como ejemplo a Tom Campbell, que defiende lo que denomina un “positivismo ético”. Esta teoría asume la idea de que el derecho es un sistema institucional de reglas y ofrece argumentos de por qué está bien que ello sea así¹⁴. En su opinión, el derecho tiene una importante relevancia moral y utilidad social que debemos valorar, siendo mejor gobernarse por reglas que por la pura voluntad de alguien o dejar todo a la completa autonomía de cada cuál. Asumiendo que el derecho es el gobierno mediante reglas, considera que éste tiene importantes virtudes instrumentales que justifican mantener la separación entre la moral y el derecho¹⁵. Estas virtudes están relacionadas con valores u objetivos sociales como, por ejemplo, la predictibilidad, la coordinación, el control de la conducta, la resolución de conflictos, la autonomía individual, la eficiencia económica, la autonomía individual, la distribución de poder, la dotación de precondiciones formales para la justicia material y el elemento democrático¹⁶. Que el derecho tenga estas virtudes justificaría predicar ciertos deberes éticos respecto de la ciudadanía y los órganos institucionales. En el caso del juez, por ejemplo, Campbell justificaría, entre otras cosas, un deber ético de seguir estas reglas dictadas por quien tiene legitimidad democrática¹⁷. Así, el derecho ofrecería razones objetivas para la actuación judicial¹⁸.

Aunque la posición de este autor es muchísimo más sofisticada y yo no la conozco bien, éste parece un buen ejemplo de la manera en que hoy puede razonar un positivista ideológico. Estamos ante una teoría normativa que defiende abiertamente aquello que considera valioso del derecho, sin pretender hacer pasar por cuestiones analíticas temas que parecen más bien sustantivos. Creo que es una posición que merece

¹² La idea de que el positivismo jurídico debería ser entendida como una teoría normativa la podemos encontrar, por ejemplo, en Dworkin, Postema, Waldron, Perry e, incluso, en Raz. Véanse, por ejemplo, Dworkin, R., *Law's Empire*, cap. 2; Postema, G., “Jurisprudence as Practical Theory”; Waldron, J., “Normative (or Ethical Positivism)”; Perry, S., “Interpretation and Methodology in Legal Theory”; Raz, J., “Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison”.

¹³ Waldron, *Idem*, 414; Campbell, T., *The Legal Theory of Ethical Positivism*, 69 a 72.

¹⁴ En este sentido, el positivismo ético abogaría normativamente por las tesis acerca del concepto de derecho que mantiene el positivismo excluyente.

¹⁵ Campbell está pensando no en que el derecho es el gobierno de cualquier tipo de regla, sino de reglas con ciertas características formales como la claridad, consistencia, suficiente especificidad, etc, y debiendo ser reglas genuinas en el sentido estándar de razones excluyentes para la acción. Campbell, *Idem*, cap. 3.

¹⁶ Véase, por ejemplo, Campbell, T., *The Legal Theory of Ethical Positivism*, cap. 3; Campbell, T., “Democratic Aspects of Ethical positivism”.

¹⁷ También Waldron parece moverse en esta línea.

¹⁸ Estas razones serían prima facie porque podrían llegar a ser derrotadas en el caso excepcional de un sistema jurídico radicalmente malvado. Así, indica Campbell “the cumulative advantages of government through rules are morally defeasible, particularly where the substance of legislation is so evil as to outweigh the benefits of the legalism of the system in question. LEP generates strong but overrideable moral presumptions in favor of the legitimacy of governments which operate through specific rules impartially administered”. Campbell, *Legal Theory*., 7.

ser tomada en serio, al menos por aquellas personas que, como yo, están convencidas de que cualquier concepción del derecho tiene en su base elementos evaluativos y que, a pesar de ello, no cree que el iusnaturalismo sea la mejor teoría del derecho. No estoy diciendo que debamos estar de acuerdo con las virtudes del derecho que Tom Campbell u otros resaltan, sino que aquellos autores que, quizá como Cristina, asumen que el derecho ofrece razones objetivas independientes de la moral, deberían poder justificar esta afirmación mostrando cuáles son las virtudes o a las finalidades distintivas del derecho.