

LA “TESIS DE LA SEPARABILIDAD” Y SU UTILIDAD PARA CARACTERIZAR AL DERECHO

Martín Oliveira / Universidad de Buenos Aires

I. Algunas precisiones conceptuales.

Una célebre tradición en el pensamiento iusfilosófico sostendría que «lo que la ley es» se diferencia de «lo que la ley debería ser». Para ilustrar semejante tesis se recurre con frecuencia a un muy citado pasaje de J. Austin que reproducimos aquí¹:

La existencia de la ley es una cosa; su mérito o demérito, otra. El que sea o no sea es una cuestión; el que se conforme o no a un estándar asumido, es una cuestión diferente. Una ley, que de hecho existe, es una ley, aunque nos disguste o aunque varíe del texto por el cual nosotros regulamos nuestra aprobación o desaprobación.

Esto mismo realizó a su manera H.L.A. Hart cuando a partir de los trabajos de Austin y Bentham caracterizó al «positivismo jurídico» a partir de la tesis de la separación de la ley y la moral. Como es sabido, intentó defender esta tesis desmantelando los argumentos que la asociaban, en primer lugar, con una teoría imperativista de la ley², en segundo lugar, con una jurisprudencia de corte analítico sobre los términos, y en último lugar con una posición no-cognitivista respecto a las proposiciones éticas. El propósito de Hart consistía en desvincular lo que él consideraba era la mejor versión del «positivismo jurídico» de otras conceptualmente débiles y dignas de reproche, para luego dar cuenta de una tesis sustantiva de dicha corriente. Esta consistía, justamente, en la «tesis de la separación», que sostiene «no hay ninguna conexión necesaria entre la ley y la moral o entre la ley como es y como debe ser» (Hart 1958: 601).

L. Green sostiene que esta tesis, aunque clara, es manifiestamente falsa. Supuesto que no haya problemas en entender qué sería una «conexión» ni a qué tipo de

¹ Cfr. Austin.(1998). El pasaje original es el siguiente: The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation and disapprobation.

² La avanzada de Hart contra esta manera de entender la ley ocupa varias secciones de su *The Concept of Law*.

moralidad se refiere Hart, el problema radica en lo necesario de conexión entre ley y moral. Atendiendo a dicho concepto, la tesis defendida por Hart no se expide respecto a los vínculos contingentes que la ley y la moral puedan establecer entre sí. En efecto, Green menciona varios aspectos en los cuales la ley y la moral se relacionan de manera contingente, y varios otros en los que lo hacen de manera necesaria. Como ejemplos de los primeros Green sugiere por un lado que la ley establece demandas morales a las personas y, por el otro, que la ley puede ser justa³. Una conexión necesaria que Green postula entre la ley y la moral, que incluso parece bastante intuitiva, es que tanto una como la otra contienen normas. Desde otra perspectiva se podría incluso argüir que para que la ley forme parte del razonamiento que nos lleva a la acción, ésta tiene que ser parte del razonamiento práctico. Nino mostró que puede entenderse a las leyes como premisas fácticas que, en conjunción con premisas normativas, eminentemente morales, concluyen en el deber de obrar de alguna u otra manera⁴. Resulta pues difícil concebir la relación entre la ley y la moral en la que no haya al menos una conexión necesaria entre ellas, cuando no varias contingentes.

Incluso J. Raz ha argumentado sugiriendo que la tesis de la separabilidad es independiente a otra tesis según la cual los sistemas legales sólo contienen leyes positivas. Suponiendo que esto sea así, la perspectiva de Raz nos remite lúcidamente a maneras más contemporáneas de caracterizar al «positivismo jurídico». Entre las tesis que se adscriben actualmente a esta posición, se encuentran la «tesis social» y la «tesis de las fuentes». Las dos parecen guardar una notable semejanza por cuanto pretenden ofrecer criterios relativos a la existencia de las leyes.

II. Dos tesis sobre el positivismo.

Como hemos visto, es posible sostener dos tesis distintas a propósito de la existencia de las leyes. Expondremos primero la llamada «tesis social» por su supuesta inclusión en cierta versión de la «tesis de las fuentes». En efecto, según Raz la «tesis social» establece que:

(...) lo que es ley y lo que no es una cuestión de hechos sociales (...) una teoría jurisprudencial es aceptable sólo si sus pruebas para

³ Junto con las acciones, las leyes serían un ámbito en el que se puede pensar el concepto de justicia. Cfr. Velasco, M. (2011). *¿Qué es la justicia?*. Buenos Aires: Eudeba.

⁴ Cfr. Nino, C. (2006). *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea.

identificar el contenido de la ley y determinar su existencia dependen exclusivamente en hechos de comportamientos humanos capaces de ser descritos en términos valorativamente neutrales y aplicados sin recurrir a argumentos morales. (Raz 2001: 38,39).

Esta tesis contiene a su vez, como cabe esperar, algunos supuestos respecto a la forma y los medios para determinar la existencia de las leyes, tanto como pretendidas ventajas sobre criterios alternativos. En cualquier caso, dos elementos básicos de la «tesis social» tienen que ver con su eficacia y carácter institucionalizado. La eficacia de un sistema legal establece que un sistema jurídico está vigente cuando la generalidad de los miembros de la comunidad en el que este pretende aplicarse lo aceptan y adhieren a él. Así es posible distinguir entre sistemas vigentes actualmente y otros sistemas ya extintos. El otro elemento, el carácter institucionalizado de los sistemas jurídicos, asume que estos se encuentran vigentes cuando poseen instituciones «adjudicativas», o sea, a cargo de resolver los conflictos de aplicación de normas de manera suprema. Esto último haría de la ley una institución social (Cfr. Raz 1979 y 2001). Otra manera de expresar la «tesis social», desde la perspectiva de Green, consiste en establecer que la ley debe estar basada en hechos sociales y que cualquier criterio que no sea fáctico respecto a la existencia y contenido de la ley debe estar a su vez basado en criterios fácticos (Cfr. Green 2008).

Se suele entender, por otra parte, que la tesis de las fuentes es una precisión de la «tesis social» y, en ese sentido, es más exigente que ella. La tesis de las fuentes postularía que «la existencia y el contenido de la ley depende de sus fuentes y no de sus méritos» (Green 2008: 1040). Parece manifiesto por qué esta segunda tesis es más restrictiva que la primera, lo es porque sugiere de plano que no se debe recurrir a ningún argumento o evaluación moral para identificar la ley y su contenido. Desde una posición comparativa, aceptar la tesis social en sus elementos de eficacia y carácter institucionalizado configuraría una «tesis social débil» (en palabras de Raz) porque todavía concibe posible recurrir a argumentos o criterios morales en la identificación de las leyes, claro está, supuesto que los criterios fácticos hagan referencia a esta clase de recurso. No nos debe extrañar que esta sea la base conceptual para los defensores del llamado «positivismo inclusivo», esto es, una concepción iusfilosófica que aún manteniendo la primacía fáctica de las leyes permite la inclusión de estándares morales entre ellas, siempre que, justamente, las «leyes positivas» lo permitan.

Si, en cambio, se adopta la conjunción de los elementos de la eficacia, la institucionalización y las fuentes, observamos que no es admisible ningún recurso moral para identificar las leyes. Esto hace a la «tesis social fuerte» que, en paralelo a la versión débil, ofrece una base conceptual al positivismo jurídico caracterizado como «exclusivo», en virtud de prescindir de todo argumento moral.

III. Las dos tesis positivistas frente a la separación del derecho y la moral.

Nos abstendremos aquí de indagar las razones por las cuales alguien vería ventajas en una u otra de las formas de la tesis social y sus respectivos puntos de encuentro y desencuentro con otras vertientes jurídicas, como la del naturalismo o el interpretativismo. Para satisfacer nuestros objetivos debemos, en cambio, concentrarnos en la recepción de la «tesis de la separación» de Hart en las tesis adscritas al positivismo.

A todas luces, podría parecer que la «tesis social fuerte» es más consistente con el postulado de Hart, sino más fuerte que él. Vale la pena preguntar qué clase de conexión puede establecerse entre la ley y la moral si no sólo posible sino requerido identificar la primera sin recurrir a la segunda ni a otros criterios evaluativos (esto es señalado por Green, la tesis de las fuentes es incluso más restrictiva en este sentido que la tesis de la separación puesto que prohíbe recurrir, por ejemplo, a la economía para identificar la ley). Por su parte, la «tesis social» a secas o «débil», si bien permite incorporar en ciertas instancias criterios morales para identificar las leyes, en absoluto lo hace de manera necesaria. Tal cual la encontramos caracterizada en la sección anterior, esto depende de que el recurso a la moral esté especificado por las propias leyes positivas y no es una característica necesaria de los sistemas legales.

Ante la ausencia de conexiones necesarias, la tesis de la separación entre el derecho y la moral parece sustentarse. Pero en este punto es necesario volver a lo que oportunamente señalamos, manifestó Green. Contra la propuesta de Hart, es posible encontrar sino una, varias conexiones entre el derecho y la moral. Muchas de ellas son contingentes, pero otras son a todas luces necesarias.

Ya se ha mencionado, por una parte, lo que sostiene Nino en *La validez del derecho*. Si se pretende que las leyes tengan algún papel a la hora de justificar nuestras acciones, deben ponerse en conjunción con algunos enunciados normativos. Esto es patente incluso en el caso más flagrante en el que parece sostenerse, aunque sólo

veladamente, una separación tajante entre el derecho y la moral. Este sucedería cuando se asumen posiciones positivistas ideológicas, que reclaman «(...) que cualquiera que sea el contenido de las normas del derecho positivo, éste tiene validez o fuerza obligatoria y sus disposiciones deben ser necesariamente obedecidas (...)» (Nino 1992: 32). De ninguna manera se puede concluir la obligación de obedecer las leyes ciegamente, sino es estableciendo primero y por medios ajenos los de las leyes, que obedecer a la ley de esa manera es un deber. Este es, naturalmente, otro ejemplo de razonamiento práctico en el que enunciados normativos se conjugan con leyes que ocupan el lugar de premisas fácticas. Bien se podría concebir a los enunciados normativos que contienen el verbo «deber» como proposiciones meramente instrumentales, que indiquen la mejor manera de obtener algún fin. Este parece ser el camino que elige Raz a la hora de justificar las pretensiones de las autoridades prácticas, aún las de una autoridad práctica tan particular como es el derecho. No es nuestro tema aquí, pero la Justificación Normal de las autoridades prácticas, aplicada a determinar en qué consisten las leyes, indica que ellas se limitan a las fuentes⁵. Esta no es, sin embargo, la única manera posible para sostener que a la hora de identificar las leyes no habría que recurrir a argumentos morales. En todo caso, podría sugerirse que a partir de la idea de igualdad se podría construir un razonamiento práctico que concluyera en que sólo la abstención de los jueces de aplicar sus propios estándares morales a la hora de decidir los casos difíciles, lagunas⁶ y demás, garantiza la igualdad que se pretende en el debido proceso.

IV. Conclusión.

Para dar cierre a nuestro examen acerca de la «tesis de la separación» de Hart, tal vez convenga traer a colación la mejor, la más coherente versión del positivismo según Nino. Éste es el tan reiterado «positivismo metodológico » que sostiene que «el concepto de derecho no debe caracterizarse según propiedades valorativas sino tomando en cuenta sólo propiedades descriptivas » (Nino 1992: 37). Es probable que con este tipo de positivismo seamos capaces de conciliar muchas de las tesis que a lo largo de este trabajo parecían estar en pugna. En efecto, si atendemos a la «tesis de la

⁵ Para llegar a este resultado conviene consultar las obras de Raz *The Morality of Freedom* y «Authority, Law, Morality» en *Ethics in the Public Domain*.

⁶ En todo caso queda por determinar por qué medios se resuelven los casos difíciles o las lagunas legales sin recurrir a concepciones sustantivas morales.

separación» y asumimos que no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral, podríamos llegar a establecer que el derecho sólo debe ser caracterizado según propiedades descriptivas, fácticas o sociales. Esto nos servirá para identificar muchas de las leyes que hacen a un sistema jurídico determinado, si aceptáramos la «tesis social fuerte».

Ahora bien, de más está decir que el derecho y sus problemas no se agotan en la identificación de las leyes positivas o no de los sistemas jurídicos. Como ya se mencionó, cuando menos en la actividad de los jueces suelen suscitarse casos de lagunas u oscuridades en la letra de la ley. Hasta el momento no disponemos de una amplia gama de herramientas para subsanar semejante obstáculo. Más allá de toda la claridad que pueda tener una ley, los problemas interpretativos podrían subsistir y, en dicho caso, dada la necesidad de la justicia de expedirse, se recurre, en general, a ciertas normas o valores morales como principios auxiliadores. Cabe resaltar que el uso de la moral para subsanar los defectos interpretativos de la ley se presenta, en realidad, como una tesis no demasiado ambiciosa acerca de la relación del derecho y la moral. No faltan teorías que proponen que la principal tarea jurídica es interpretativa. Por otra parte, la separación conceptual entre el derecho y la moral no nos aclara cómo es nuestra relación con las leyes. Me refiero a que no se expide respecto a qué demandan ellas de nosotros en términos de obediencia, ni por qué deberíamos aceptarla. De esta manera, separados el derecho y la moral, podríamos encontrar un sistema legal que sea manifiestamente injusto. Dados los elementos conceptuales de los que disponemos, no será difícil objetar que no tenemos demasiadas razones para obedecer un sistema así.

La conexión conceptual entre el derecho y la moral parece, pues, prescindible en ciertas teorías acerca de la identificación de los sistemas legales, que podrían plantearse como tesis robustas de subsanar tantos otros problemas que quedan pendientes sin el recurso a la moralidad. Más allá de eso, parece claro que hay conexiones necesarias entre el derecho y la moral, si pretendemos que el derecho reproduzca muchas de las características que le atribuimos actualmente, sea parte de nuestras razones para actuar y coordinar el desarrollo de nuestros planes de vida.

Bibliografía

- Austin, J. (1998). *The Province of Jurisprudence Determined*. Indianapolis: Hackett.
- Green, L. (2008). "Positivism and the Inseparability of Law and Morals". *New York University Law Review*. vol. 83, pp. 1035-1058.
- Hart, H.L.A. (1958). "Positivism and the Separation of Law and Morals". *Harvard Law Review*, vol. 71, N°4 (Feb., 1958), pp. 593-629.
- Hart, H.L.A. (1997). *The Concept of Law*. Oxford: University Press.
- Nino, C.S. (1992). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Raz, J. (2001). *Ethics in the Public Domain*. Oxford: Clarendon Press.