

Sobre dos versiones opuestas de iusnaturalismo: “excluyente” versus “incluyente”**

On two distinct and opposing versions of natural law: “exclusive” versus “inclusive”

SUMARIO

I. Sobre la distinción entre positivismo jurídico “excluyente” e “incluyente” y su uso analógico para clasificar doctrinas iusnaturalistas. II. Iusnaturalismo “excluyente” e “incluyente”. Dos tipos de “iusnaturalismo excluyente”. III. Iusnaturalismo “incluyente”. La teoría del discurso. IV. Dos problemas del iusnaturalismo: haciendo sitio (i) a la crítica del Derecho (positivo) y (ii) al proceso-legislativo convencional y colectivo. V. Coda: Reconciliando las versiones “excluyente” e “incluyente” del positivismo jurídico.

RESUMEN

Este artículo toma la dicotomía entre positivismo jurídico “excluyente” e “incluyente” y la aplica por analogía a teorías iusnaturalistas. En JOHN FINNIS y en BEYLEVELD y BROWNSWORD tenemos ejemplos de iusnaturalismo “excluyente”. En tales aproximaciones el Derecho es válido solo si sus contenidos satisfacen principios de una teoría normativa monológica. Las teorías discursivas de ALEXY y HABERMAS se consideran como teorías iusnaturalistas “incluyentes” en las que el Derecho positivo es un momento constitutivo en el cual se identifican reglas morales y se especifica su significado. El artículo sostiene que las teorías iusnaturalistas “incluyentes” son más apropiadas para articular una auténtica actitud “republicana”.

* Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Catanzaro (Italia). *Visiting Professor*, Law School - University of Hull (UK). Premio de Investigación de la Fundación Alexander von Humboldt (2009). Entre sus aportaciones recientes pueden mencionarse: *Norme, istituzioni, valori* (LATERZA, 2008), *La lucha contra el derecho subjetivo* (IDHBC-Dykinson, 2008) y *Constitutionalism and Legal Reasoning* (KLUWER, 2007). Contacto: mlatorre@unicz.it** Recibido el 5 de octubre de 2011. Aprobado el 16 de abril de 2012.

** Publicado originalmente en: *Ratio Juris*, vol. 19, n.º 2, 2006, pp. 197-216. El *Abstract* fue elaborado por FABIO LELLI. Traducción realizada con permiso expreso del autor por FRANCISCO MIGUEL MORA SIFUENTES. Se publica con la autorización del *copyright* Clearance Center.

PALABRAS CLAVE

Positivismo jurídico excluyente, positivismo jurídico incluyente, iusnaturalismo excluyente, iusnaturalismo incluyente.

ABSTRACT

This paper takes the dichotomy between “exclusive” and “inclusive” positivism and applies it by analogy to natural-law theories. With JOHN FINNIS, and with BEYLEVED and BROWNSWORD, we have examples of “*exclusive* natural-law theory,” on which approach the law is valid only if its content satisfies a normative monological moral theory. The discourse theories of ALEXY and HABERMAS are seen instead as “*inclusive* natural-law theories,” in which the positive law is a constitutive moment in that it identifies moral rules and specifies their meaning. The article argues that inclusive theories of natural law are better suited to expressing an authentic “republican” attitude.

KEYWORDS

Exclusive legal positivism, inclusive legal positivism, exclusive natural law, inclusive natural law.

En la semilla de la ciudad de los justos está oculta a su vez una simiente maligna; la certeza y el orgullo de estar en lo justo.

I. CALVINO, 1997, 162.

I. SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE POSITIVISMO JURÍDICO “EXCLUYENTE” E “INCLUYENTE” Y SU USO ANALÓGICO PARA CLASIFICAR DOCTRINAS IUSNATURALISTAS

En este trabajo me gustaría hacer una analogía. Es decir, voy a tratar de utilizar la reciente distinción entre positivismo jurídico excluyente e incluyente para discutir las bondades del iusnaturalismo. Creo que podemos clasificar últimamente las doctrinas iusnaturalistas en “excluyentes” e “incluyentes”, y que esa clasificación puede arrojar luz a nuestra discusión y, de modo más general, sobre las ventajas de las aproximaciones iusnaturalistas o no-positivistas.

Las versiones “excluyente” e “incluyente” del positivismo jurídico difieren en sus respectivas actitudes en el tema de la relación entre Derecho y moral. Ambas formas de positivismo defienden la tesis de la separación y niegan que exista una conexión necesaria entre Derecho y moral. Sin embargo, no coinciden en la manera en que conceptualizan esa relación. El positivismo jurídico excluyente sostiene que el Derecho puede definirse y evaluarse sin hacer referencia a criterios morales. La “naturaleza” del Derecho en cuanto tal rechaza cualquier conexión con principios morales. Esta visión se basa

en dos argumentos principales. El primero es el conocido argumento de las fuentes sociales según el cual el Derecho es producto de “fuentes” especiales: es producto de hechos sociales. Por lo tanto, para conocer el Derecho basta con acudir a esas “fuentes” –a esos hechos sociales– y describirlo o analizarlo. No hay ninguna implicación normativa fuerte en tal empresa. El segundo, señala que la aplicación o la interpretación jurídica ya viene dada por la regla (véase, p. ej., MARMOR, 1992, 153). La regla determina su propio significado y sus casos de aplicación. La interpretación jurídica, se afirma aquí, es un ejercicio gramatical que no requiere una actitud reflexiva explícita o implícita.

Además, el “positivismo jurídico excluyente” separa la filosofía del Derecho tanto de la práctica jurídica como del razonamiento jurídico ordinario. Como este tipo de razonamiento puede estar impregnado de principios morales y, de hecho, es un tipo especial de razonamiento moral, no es asunto que compete a la teoría o a la filosofía del Derecho. Al separar la teoría y la filosofía del Derecho de la práctica, el positivismo no puede llegar a implicarse o interesarse demasiado en los asuntos, en las diatribas de abogados. Estas bien pueden ser disputas morales sin que ello implique relevancia alguna para la naturaleza del Derecho. Lo que es Derecho lo es principalmente por el hecho de haber sido promulgado o por habersele conferido validez. Razonar acerca del Derecho es solo un ejercicio subordinado, un ejercicio en algún sentido parasitario respecto de la naturaleza del Derecho.

El positivismo jurídico “incluyente”, por su parte, permite la posibilidad de que principios morales sean abarcados o incluidos en las fuentes del Derecho y especialmente en la regla básica de un sistema jurídico: la regla de reconocimiento. Esta regla ya no será solo un conjunto de “reglas secundarias”, reglas que adscriben poderes, reglas que habilitan, como las entendía originalmente H.L.A. HART. Asumiendo la crítica de RONALD DWORKIN, se aceptará que las reglas no agotan la ontología normativa. Los principios, a diferencia de las reglas, pueden también formar parte del contenido de una regla de reconocimiento. Ahora bien, que puedan formar parte de ella no significa que deban¹. Esto significa que, efectivamente, puede haber una relación entre Derecho y moral. No obstante, esa relación está lejos de ser conceptual o necesaria, toda vez que los principios pueden no estar presentes en una regla de reconocimiento positiva. En cualquier caso, para el “positivismo jurídico incluyente” el Derecho se determina a través de una regla de reconocimiento que es un hecho social y como tal no siempre comprende criterios morales, no asumiendo tampoco compromisos normativos fuertes. (Las obligaciones que provienen de la regla no son deberes morales).

1 Este es el punto destacado en HART, HERBERT L.A., “Postcript”, *Íd.*, *The concept of Law*, 2.^a ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.

Así, la diferencia entre ambos es la siguiente: mientras el positivismo jurídico excluyente no permite que el Derecho positivo pueda determinarse por principios morales, el positivismo jurídico incluyente no descarta tal posibilidad al considerar que la moral puede ser tomada en cuenta para evaluar el contenido del Derecho positivo. Para ambos puntos de vista la validez jurídica es una cuestión de “*pedigree*”, de genealogía, que deriva de “fuentes” dadas, no de la justicia. No obstante, para el positivismo jurídico “incluyente” la justicia como rasgo sustantivo puede en ocasiones estar imbricada en el “*pedigree*” mismo. En tales casos, la validez jurídica de una regla puede ser resultado de sus méritos morales (véase, p. ej., WALUCHOW, 1991, 183 ss.). Por el contrario, para el positivismo jurídico “excluyente” la moral, recibida de modo contingente por las fuentes del Derecho, no es especialmente importante o visible. El criterio de validez aquí seguirá siendo el *pedigree* y el mérito moral no será trascendente como parámetro de cualificación.

II. IUSNATURALISMO “EXCLUYENTE” E “INCLUYENTE”. DOS TIPOS DE “IUSNATURALISMO EXCLUYENTE”

1. Considero que podemos aplicar también la dicotomía “excluyente” e “incluyente” al iusnaturalismo. Además, creo que es instructivo distinguir entre dos tipos de teorías de Derecho natural. Por un lado, tenemos aquellas doctrinas que defienden el punto de vista según el cual la validez de una norma jurídica puede determinarse por medio de criterios morales sustantivos. Por tanto, una norma positiva será válida, en sentido jurídico propio, solo si satisface requerimientos materiales específicos fijados por el Derecho natural. El acto de volición, el hecho de su deliberación, el hecho de su validez jurídico-social, no es considerado como requerimiento normativo para la existencia y validez del Derecho. Por otro lado, existe una posición distinta de iusnaturalismo según la cual el Derecho positivo tiene un papel importante que jugar para permitir que los principios morales sean articulados y validados a través de una empresa pública y colectiva.

Lo anterior no significa que el iusnaturalismo “excluyente” crea o afirme que lo anterior puede hacerse sin el Derecho positivo. Suele decirse usualmente que el Derecho natural se “precipita” en el Derecho positivo, que este tiene que añadir un cierto grado de determinación a los principios generales del Derecho natural. Su “posición” de normas positivas, de normas que han sido creadas por un parlamento u órgano creador, no es ignorada o excluida por las doctrinas iusnaturalistas. Lo que se excluye –al menos en una de las dos versiones en las que me gustaría centrarme– es la relevancia normativa del acto de su creación positiva. Que haya sido creada puede desempeñar un papel como condición de aplicación de la norma de Derecho natural, pero no puede gozar del estatus de condición de justificación o validez de la norma. Para ser aplicables en el contingente e imperfecto mundo de los asuntos

humanos, las normas deben hacerse públicas y aplicarse por una autoridad facultada con la potestad de imponer la regla. Esta es la razón por la que en algunos casos las doctrinas iusnaturalistas no tratan el tema de la autoridad política y esta se asume acríticamente, como instancia que ejerce con éxito poder soberano. El consentimiento de quienes están sujetos a dicho poder no es necesario. La autoridad no necesita ninguna legitimidad especial más allá de ser eficaz, de ser capaz de imponer sus determinaciones y poder incidir en la conducta. Esto es a lo que JOHN FINNIS, quien adopta esta aproximación, llama “un principio tal vez escandalosamente rígido” (FINNIS, 1980, 250). Una postura semejante –que podemos traer a colación– es asumida por un filósofo que, por así decirlo, está a años luz de FINNIS: FRIEDRICH JACOB FRIES, rival de HEGEL y teórico postkantiano que vivió a principios del siglo XIX².

Para FRIES, como para FINNIS, no es particularmente relevante si el poder político es asunto de uno, de unos pocos o de muchos. “Como han dicho los clásicos –alega FINNIS (ibíd., 250)–, el soberano puede ser uno, unos pocos o muchos (‘la multitud’, ‘las masas’). Hay circunstancias sociales en las que el gobierno de una clase pequeña, o de una clase muy grande, será el mejor. Lo que realmente importa es si el poder político, en cualquiera de las formas que puede adoptar, sigue, se equivoca al seguir o viola el principio moral supremo [*supreme moral principle*], el Derecho natural de FINNIS, o el *Rechtsgesetz* de FRIES, que pueden evaluarse y comprobarse independientemente de cualquier proceso positivo o de deliberación pública. Esto es lo que aquí se propone llamar “*iusnaturalismo excluyente*”.

Desde mi punto de vista, tanto el iusnaturalismo propuesto por JOHN FINNIS como el defendido por DERYCK BEYLEVELD y ROGER BROWNSWORD son ejemplos de este tipo de iusnaturalismo, es decir, ambos son “excluyentes”. Aquí el carácter “excluyente” o “incluyente” tiene mucho que ver con la forma en que los principios morales se reputan conocidos y con el grado de certeza que tales principios pretenden alcanzar. Si tomamos el caso del iusnaturalismo de JOHN FINNIS podemos ver dos estrategias principales. Por un lado, mientras que la evaluación del Derecho se acepta como una cuestión del punto de vista interno, esto es, el punto de vista de los individuos que usan y aplican las normas jurídicas, este punto de vista se muestra a través de la referencia a un caso central que tiene un contenido moral explícito, el tomado por el hombre sabio de ARISTÓTELES, “por el *spoudaios*” (el hombre maduro de razonabilidad práctica) (FINNIS, 1980, 15; véase también: BEYLEVELD y BROWNSWORD, 1990, 144, donde encontramos una alusión parecida).

2 Véase, por ejemplo, FRIES, JACOB F., “Philosophische Rechtslehre” (1803), en *Íd., Sämtliche Schriften*, vol. 9, KÖNIG, G. y GELDSETZER, L. (eds.), Aalen, Scientia, 1971, p. 108, traducción mía: “de cara al Derecho es indiferente quién es el que gobierna, si uno o mil, siempre que el Derecho esté vigente gracias a él” (*Vor Recht ist es gleich, wer der Regent sey, ob einer oder hunderte, genug, wenn durch ihm das Gesetz gilt*).

Además, FINNIS hace un uso idiosincrático de la noción de “tipo ideal” de MAX WEBER. Como se sabe, WEBER sostiene que el conocimiento del fenómeno social e institucional implica una conceptualización *a priori* de esos fenómenos e instituciones. Sin embargo, según el sociólogo alemán, los “tipos ideales” no contienen implicaciones morales ni son equiparables a las “esencias” platónicas o aristotélicas, al ser completamente convencionales y pretender una condición de recurso epistémico. Cuando nos ocupamos de un fenómeno social, el uso paradigmático de un significado central no hace referencia a su mérito moral. Toda institución o fenómeno social puede ser estudiado por medio de su correspondiente “tipo ideal”. Podemos, por tanto, tener un “tipo ideal” incluso para los fenómenos sociales, las instituciones, o para ejemplificar situaciones de grave injusticia, perversión o corrupción. Por ejemplo, desde la perspectiva weberiana, al estudiar la prostitución como fenómeno social, la misma no sería inapropiada, ni sonaría indecente, al considerarla y hablar de ella como “tipo ideal” de prostitución. O tomemos los casos del capitalismo, del imperialismo o del totalitarismo: en cada uno de esos contextos, el científico social weberiano podría plantear sensatamente que se trata de “tipos ideales” entre la constelación de las formas de poder. FINNIS, por el contrario, toma el “tipo ideal” weberiano sin la connotación epistémico-constructivista y su metaética no-cognoscitivista y le da el estatus de “caso central”, como en los modelos proporcionados por una teleología interna dirigidos a un cierto tipo de florecimiento humano [*flourishing*] o perfección. Desde mi punto de vista, este enfoque es un malentendido del método sociológico neutral de WEBER, porque, repentinamente, hace depender el conocimiento (social) no solo de supuestos epistemológicos o de pre-comprensiones hermenéuticas, sino también, y sobre todo, de exigencias morales sustantivas.

Según FINNIS, tal y como hemos visto, un caso central del Derecho es aquel en el que la gente desde el punto de vista interno toma una posición moral (o “prácticamente razonable”). Pero aquí, quisiera destacar, la pretensión de asumir dicha postura razonable no es suficiente. FINNIS está realmente en busca de un requisito más estricto. “El punto de vista del caso central en sí mismo –nos dice– es el punto de vista de aquel que no solo apela a la razonabilidad práctica, sino que *es* prácticamente razonable” (FINNIS, 1980, 15, cursivas en el texto). El caso central del punto de vista interno por el que alcanzamos a ver la verdadera naturaleza del Derecho no es uno de alguien *que pretende* ser prácticamente razonable o sabio, sino solo de aquellos que *realmente lo son*.

Por otro lado, el iusnaturalismo de FINNIS tiene como fundamento la idea intuitiva de que, a través de la razonabilidad práctica, podemos identificar como evidentes (siete) bienes básicos. Entre esos bienes encontramos la religión pero no la libertad. Estos bienes nos ofrecen el fundamento normativo de requerimientos morales más específicos. El procesamiento de tales

requerimientos es un ejercicio monológico y requiere “una intensiva contemplación activa”. “El discurso está en la razón y los deseos del individuo” (FINNIS, 1999, 364), y FINNIS lleva tan lejos estos presupuestos como para llegar a producir resultados descarnados, como, por ejemplo, que mantener relaciones sexuales fuera del matrimonio para una mujer (o para un hombre) es equivalente a la prostitución³, que la pena de muerte puede ser moralmente admisible⁴ o que el aborto es un crimen abominable. Sin embargo, FINNIS reconoce la necesidad de que exista una determinación positiva del Derecho natural, y su visión sobre el razonamiento jurídico es mucho más positivista que la que, digamos, defiende RONALD DWORKIN. “El Derecho de los hombres –señala– es un artefacto y un artificio, y no una conclusión a partir de premisas morales” (FINNIS, 1996, 205). No debería sorprender tanto que, según el discípulo más fiel de FINNIS, ROBERT P. GEORGE, miembro del Consejo de Bioética del Presidente BUSH, la validez o fuerza jurídica vinculante del Derecho natural se agota completamente en la legislación constitucional. “El Derecho natural en sí mismo –escribe GEORGE– no confiere autoridad alguna a los jueces para que vayan más allá del texto, la lógica, la estructura o la comprensión originaria de la Constitución”.

Para FINNIS no hay una única respuesta correcta para los casos difíciles puesto que los bienes básicos y los principios morales fundamentales son inconmensurables. Estos pueden ser sopesados a través de argumentos, pero no someterse a cómputo. La inconmensurabilidad, sin embargo, lleva a la superioridad de las “razones en contra” sobre “las razones para” y los “absolutos morales” negativos (deberes de no hacer algo) que estén en capacidad de superar una prueba de universalización.

La inconmensurabilidad –considera FINNIS– permite cierta discrecionalidad en cuanto a la decisión judicial se refiere. Sin embargo, tanto para el post-kantiano FRIES como para el post-tomista FINNIS el Derecho positivo y sus normas no tienen significado moral en sí mismos y son vistos como una técnica, como una simple herramienta para aplicar criterios morales. En consecuencia, el razonamiento jurídico es una cuestión de conocimiento técnico, una especie de ingeniería, un ámbito de “fabricación”, como dice FINNIS (1994), no de

3 “No hay una distinción importante desde el punto de su inutilidad moral entre la masturbación en solitario, ser sodomizado por prostitución o ser sodomizado por placer. Los actos sexuales *en realidad* no pueden ser ‘auto-dados’ a menos que sean actos por los cuales un hombre y una mujer realizan y experimentan sexualmente la verdadera entrega recíproca –en la unión biológica, afectiva y volitiva de un compromiso mutuo, abierto y exclusivo– como la que Platón y Aristóteles y la mayoría de la gente llamamos matrimonio”: FINNIS, JOHN, “Law, Morality, and Sexual Orientation”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 9, 1995, pp. 29-30, cursivas en el texto.

4 “La elección de matar a alguien como pena capital puede quizás justificarse, porque la acción elegida inmediatamente y en sí misma actualiza el bien de la justicia y así la muerte del sancionado no se está utilizando como un medio para un fin ulterior”: FINNIS, JOHN, *et al.*, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 317.

“creación”. Por lo tanto, no minimiza la necesidad de fuentes autoritativas en la argumentación de los operadores jurídicos⁵. Lo que se indica es una relación de reciprocidad entre la discreción y el Derecho escrito. De esta forma, para FINNIS el razonamiento jurídico es muy diferente del razonamiento moral, en la medida en que aquel no necesita discurrir en consideraciones morales, y particularmente porque se basa en un acto final de aplicación. Solo después de que la decisión ha sido tomada, y con motivo de ello, dice, es que puede presentarse y justificarse como la respuesta correcta. Si embargo, tanto para el legislador como para el juez hay algunos ámbitos de discreción que están excluidos. Uno de esos ámbitos excluidos es claramente la moral sexual. Aquí la ley natural no permite demasiada *determinatio*.

La forma política ideal de FINNIS es la del “gobierno limitado”. No obstante, esto no debe entenderse de modo equivalente al constitucionalismo liberal. Más bien, se trata de un gobierno cuyo radio de acción no le está permitido violar algunos (pocos) absolutos morales. Tales “absolutos” no forman parte de la estructura de gobierno, sino solo establecen límites a la agenda y a los temas sobre los cuales se puede legislar libremente. La soberanía en FINNIS no es “absoluta”, por lo menos no en la medida en que tiene que respetar algunos requisitos morales mínimos. El cómo tengan que ser respetados no necesita una forma constitucional específica de implementación y, en principio, no tiene por qué ser garantizada a través de control democrático alguno.

2. Como he señalado, mi argumento es que el iusnaturalismo de BEYLEVELD y BROWNSWORD también es “excluyente”. Esto se debe en gran medida a las ambiciosas pretensiones de su enfoque general sobre la posibilidad de derivar el Derecho positivo más o menos directamente de fuertes principios morales sustantivos.

El enfoque de BEYLEVELD y BROWNSWORD –como se sabe– se basa en un requisito normativo supremo, el *Principio de la Consistencia Genérica*, o PCG, una idea propuesta por ALAN GEWIRTH en su seminal libro *Reason and Morality*. Según el PCG uno estaría obligado a realizar cualquier acción que respete los derechos genéricos de terceros, esto es, su derecho a la libertad o autonomía y su derecho al bienestar. Siguiendo a GEWIRTH, BEYLEVELD y BROWNSWORD sostienen que el PCG es un principio *absoluto*, en el sentido de estar objetivamente respaldado por evidencia lógica. Un agente, cualquier agente, se contradiría a sí mismo si intenta oponerse al PCG. Esta es, en pocas palabras, su tesis. Su alegato no es que el PCG es más plausible argumentativamente, sino que existe una prueba lógica de su verdad. No puedo

5 “Tales fuentes, en la medida en que sean claras y respeten los pocos derechos y deberes morales absolutos, deben ser respetadas como la única base razonable para la decisión judicial en relación con los incontables problemas que no involucran directamente aquellos derechos y deberes absolutos”: FINNIS, JOHN, “Natural Law and Legal Reasoning”, p. 151.

detenerme aquí a discutir detalladamente los argumentos dados para estimar la fundamentación lógica absoluta de tal principio. Me referiré solo a dos motivos principales para la perplejidad.

(i) En primer lugar, una inferencia lógica no es un argumento normativo fuerte para respaldar una actitud, un punto de vista moral sustantivo. Un argumento estrictamente lógico puede ser groseramente falso. Una práctica que es esencialmente controvertida (como la moral) no puede ser tratada por medio de simples operaciones lógicas. “La razón lógica y la verdad práctica son *dis pares*” –comentó alguna vez HAZLITT (HAZLITT, 2004, 88, cursivas en el texto)–. Una prueba lógica en este ámbito solo posee un impacto limitado.

En cualquier caso, es difícil ver cómo podría uno contradecirse lógicamente al no asumir ciertos criterios morales si no se ha hecho previamente un juicio moral o al menos si uno no ha asumido un punto de vista normativo. Me gustaría destacar que GEWIRTH y BROWNSWORD y BEYLEVELD encontraron su “prueba”, la piedra angular de todo su sistema, no en una contradicción pragmática sino en la contradicción puramente *lógica* que dicen aqueja a cualquier agente que no apruebe el PCG. Según GEWIRTH, “el PCG y los juicios de él derivados son analíticamente verdaderos” (GEWIRTH, 1978, 175). No puede haber una afirmación más fuerte.

(ii) En segundo lugar, el PCG es el resultado de un razonamiento estrictamente monológico, que pasa por uno de tipo prudencial, instrumental, amoral, si no inmoral, enfoque de la conducta, hasta uno al que le gustaría llegar a un objetivo, cualquiera que fuera. La esperanza es que “la razón prudencial implique una estructura profunda de moralidad” (PALMER OLSEN y TODDINGTON, 1999, 153-154). De hecho, no hay demasiada dialéctica en el que se ha venido denominando “método dialécticamente necesario”, defendido por GEWIRTH y por BEYLEVELD y BROWNSWORD. Este método es “dialéctico” en la medida en que se supone comenzará con proposiciones hechas no por ellos mismos (por los teóricos), sino por varios interlocutores (véase GEWIRTH, 1991, viii-ix). Sin embargo, su método no permite ningún espacio o momento especial para que los oponentes hagan oír su voz. Las proposiciones con las cuales el “método dialécticamente necesario” comienza son aquellas de los agentes representados por el teórico, no aquellas que pudieron ser emitidas contra los agentes por terceras partes u otras personas interesadas. La estrategia monológica adoptada por los defensores del PCG se hace patente en el siguiente reconocimiento expreso de GEWIRTH: “Mi propio argumento procede no de lo que *otras personas* pueden *exigir*, sino de lo que el *agente* tiene que aceptar, a través de la universalización, que todos los demás agentes prospectivos *tienen* derechos genéricos” (GEWIRTH, 1991, xvi, cursivas en el texto). El argumento aquí es completamente *privado*. Está inmerso del punto de vista en “primera persona” y para superarlo, para alcanzar el punto de vista en “segunda persona”, Gewirth no tiene mejor recurso que acudir nuevamente a la “primera persona”.

Los demás, es decir, cualquier persona más allá del agente en cuestión, no tienen voz en la prueba lógica del PCG. Esta exclusión, considero, tiene consecuencias fatales. En particular, contribuye a que la prueba lógica fracase pragmáticamente, ya que no ofrece ninguna razón de peso para dar a otros la misma posición normativa que ya fue tomada por el agente para sí mismo (véase MACCORMICK, 1984, 345 ss.; un punto de vista parecido en HARE, 1984, 52 ss.). En tal perspectiva monológica no hay ningún paso en el que el agente pueda encontrar limitación a sus propias especulaciones y cálculos procedentes del mundo exterior y, especialmente, de otros agentes. En síntesis: en este enfoque no hay necesidad de que el agente *escuche* a los demás.

Por otro lado, desde que la construcción del principio básico del Derecho es un ejercicio puramente monológico, esto lleva a un punto de vista del Derecho positivo como una práctica, como una operación, más o menos deductiva, en la que la controversia y la deliberación pública no juegan un papel central. Las instituciones se tienen como un producto de la naturaleza que tiende a ser considerada bien como una condición de aplicación de los principios supremos, o bien como la precipitación –por así decir– de esos principios. Su ontología es cualquiera, de hechos brutos, simple empirismo, como de una normatividad superior, de principios supremos. La sociedad, aquí, ha desaparecido. La degradación de la sociedad se encuentra también en la doctrina de FINNIS. La praxis (“hacer”) es para este autor solo “existencial” o “moral”, pero no cultural o social. La cultura y la técnica están clasificadas bajo la etiqueta del “elaborar”, una esfera más baja con respecto al “hacer”. Él insiste en que el lenguaje (palabras, poemas) son misiles balísticos que pertenecen al mismo dominio: el “hacer” (véase FINNIS, 1980).

Es revelador que cada vez que tratan de definir o conceptualizar contextos institucionales o acuerdos colectivos, BEYLEVELD y BROWNSWORD constantemente se refieren a virtudes individuales y a la moralidad. La decisión judicial es vista así como la actividad propia del (buen) juez. Un juicio no es más que “un fallo/decisión dictada por alguien que actúa como juez” (BEYLEVELD y BROWNSWORD, 1994, 403). La labor de juzgar coincide con la moral y la deontología judicial, y en el mismo sentido el imperio de la ley [*rule of law*] se equipara con el principio moral supremo: “Las sentencias solo pueden producirse cuando en la función judicial se observa la moral” (ibíd.). “El Imperio de la Ley *es* simplemente el Imperio del PCG” (ibíd., 440, cursivas en el texto). De igual manera, en la doctrina de FINNIS, si hay una racionalidad en el Derecho positivo más allá de la coordinación, no es que el ciudadano debería estar obligado únicamente por las reglas que él mismo hubiera sido capaz de discutir y aprobar, sino en posibilitar que los jueces sean imparciales.

Tendremos Derecho, Constitución, legislación, función judicial, abogacía, y así sucesivamente, siempre y cuando todas estas instituciones puedan evaluarse como representaciones del principio moral supremo. “Solo si la

Constitución material es de hecho moralmente legítima bajo el PCG –leemos en *Law as Moral Judgment* de BEYLEVELD y BROWNSWORD– existe un orden jurídico constitucional”. El acuerdo constitucional, el hecho de reunir a las personas y que decidan sobre su vida en común, sus discusiones y deliberaciones, no tiene aquí fuerza normativa independiente o relevancia moral. “El PCG –sostienen BEYLEVELD y BROWNSWORD– es la norma constitucional de cualquier ordenamiento jurídico”.

Al igual que en la doctrina de FINNIS, el hecho de que los ciudadanos adopten sus propias reglas no es una situación que, como tal, esté dotada de un significado moral. Para FINNIS, de hecho, la idea de que la gente se gobierna a sí misma es un “mito ideológico” (FINNIS, 1980, 16): la autoridad es lo que importa. La regulación social es vista principalmente como “patrón de conducta contrario a ocurrencias o deseos particulares” (BEYLEVELD y BROWNSWORD, 1994, 170). Lo que es realmente significativo es que el PCG se siga o se aplique, o en el caso de la teoría “clásica” de FINNIS, que los siete bienes básicos (que en ocasiones devienen en ocho por la inclusión del matrimonio católico romano⁶) se observen. “El PCG –dicen BEYLEVELD y BROWNSWORD– puede, en principio, resolver directamente el problema de qué conductas son opcionales/obligatorias/prohibidas” (ibíd., 179). Por lo tanto, desde ese punto de vista la práctica jurídica como una empresa común, como amistad especial, es instrumentalizada con el propósito principal de la aplicación del estándar moral básico fijado fuera de la empresa común, por un acto de sabiduría normativa. La autoridad jurídica llega a ser “transparente” respecto a la moralidad pre-jurídica (véase PALMER OLSEN y TODDINGTON, 1999, 158).

“Un ordenamiento jurídico –dicen BEYLEVELD y BROWNSWORD (1994, 161)– debe distinguirse de un *intento* de ordenamiento jurídico” (cursivas mías). Sin embargo, para fines prácticos el “intento” puede tratarse como ordenamiento jurídico propiamente dicho, si este es capaz de conseguir legitimidad moral en términos de “derechos morales del agente”. Puesto que el Derecho es definido como una regla consistente en que hay un derecho moral que garantizar, es indispensable clarificar cuándo un derecho moral como tal puede considerarse garantizado. BEYLEVELD y BROWNSWORD distinguen aquí entre un derecho moral del “acto” y un derecho moral del “agente”: el primero se define en términos de logro (esto es, realizó el PCG) y el segundo representa un intento de realizar el PCG. Aunque el PCG se refiere principalmente a la “moralidad de acto”, es decir, con sus propios logros, y BEYLEVELD y BROWNSWORD “definen el Derecho en términos de derechos morales del acto” (ibíd.),

6 Véase, por ejemplo, GEORGE, ROBERT P., *In Defence of Natural Law*, Oxford, Oxford University, Press, 1999, p. 139: “[El m]atrimonio, considerado no meramente como un pacto legal, sino, más bien, como una comunión de dos personas que llegan a ser un solo cuerpo, esto es, consumada y actualizada por actos sexuales de tipo reproductivo, es un bien humano intrínseco (o, en nuestros términos, un bien ‘básico’).”

no obstante, debido a las controversias que suscitan las interpretaciones del PCG y las muchas limitaciones de la condición humana, la autoridad práctica (el ejercicio de los derechos morales del agente) puede ser suficiente para dar validez a las reglas jurídicas. La distinción entre “derechos morales del acto” y “derechos morales del agente”, y sobre todo la otra distinción entre un “orden jurídico” y un “intento de orden jurídico”, pueden recordarnos de alguna manera la tensión entre la pretensión de justicia y una declaración de justicia (una tensión que, doy por hecho, es el núcleo del “iusnaturalismo incluyente”). En cierto sentido, podemos decir que, al final, BEYLEVELD y BROWNSWORD adoptan una perspectiva que no está tan lejos de la asumida por HABERMAS y ALEXY. Por lo tanto, podríamos concluir que la diferencia entre los dos puntos de vista es simplemente una cuestión de énfasis o metodología, que los resultados son más o menos iguales.

El problema, sin embargo, es que BEYLEVELD y BROWNSWORD moralizan fuertemente la distinción entre “el intento” y “el logro”, de modo que un “derecho moral del agente” se sostiene solo si hay un sincero *esfuerzo de buena fe* de aplicar el PCG por parte de la persona que asume la norma jurídica. El “intento” en cuestión está por consiguiente inmediata y directamente referido a una particular doctrina moral comprensiva. Por el contrario, la referencia de ALEXY y HABERMAS a la pretensión de justicia opera sin requerir la aceptación de un criterio moral específico y sin una conciencia específica de aquellos criterios por parte del agente. La “pretensión de justicia” aquí es el resultado de la “pretensión de corrección” inserta en el propio lenguaje, esto es, en las condiciones pragmáticas del éxito del acto social llevado a cabo. Puesto que la pretensión de corrección que ha de satisfacerse requiere que se den razones y estas deben ser aceptadas por un auditorio universal, la corrección aquí dará lugar a la universalización y ello será un puente que conecte con la noción de justicia. Dice HABERMAS:

Con el sentido asertórico de su afirmación, el hablante entabla una pretensión susceptible de crítica, en lo que respecta a la validez del enunciado afirmado [...]. La pretensión de verdad de un proponente, cuando está justificada, habrá de poder defenderse con razones frente a las objeciones de posibles oponentes [...]. Con toda pretensión de validez trascienden hablante y oyente los criterios provinciales de todo colectivo particular.

Un juez, incluso de buena fe, caería en una contradicción performativa si dijera: “sentencio a X a prisión, y esto es injusto”. Y alguien que sea capaz de comunicarse debe considerar lo dicho con pretensión de ser verdadero, aun cuando sea de mala fe en este caso particular. El intento o “pretensión”, *Anspruch* en alemán, no solo es aquí una actuación individual, sino también una asunción pragmática y por tanto *colectiva*. Es más, la tesis de la “pretensión de justicia” no se basa inmediatamente en un teoría moral particular,

dejando el camino abierto para que su propia satisfacción sea evaluada. La teoría del discurso no necesita moralizar explícitamente el comportamiento de los agentes para fijar una conexión entre la acción social y exigencias normativas. Las condiciones pragmáticas del discurso bastarán.

III. IUSNATURALISMO “INCLUYENTE”. LA TEORÍA DEL DISCURSO

En oposición al iusnaturalismo “excluyente” encontramos lo que propongo llamar su versión “incluyente”. Su principal rasgo es que el principio moral supremo que justifica la empresa jurídica no se encuentra a través de una operación monológica sino que requiere una práctica común, interacción, *discurso*. Tal versión iusnaturalista es “incluyente” sobre todo porque los “otros”, es decir, terceras personas, están inmediatamente incluidos en el proceso por el cual el Derecho natural, esto es, los principios morales y, de modo más general, los criterios de corrección son establecidos y evaluados. “Debido a que nadie tiene acceso directo a condiciones de validez sin interpretación, la ‘validez’ (*Gültigkeit*) –dice HABERMAS (ibíd.)– debe ser entendida en términos epistémicos como ‘validez’ (*Geltung*) comprobada por nosotros”, vale decir, comprobada en el debate entre los que proponen y los que se oponen. No es suficiente asumir el punto de vista de los otros a través de un ejercicio de empatía. Uno tiene que ir más allá: no solo debe tener en cuenta los intereses de otros, sino también, y sobre todo, tener en cuenta su *voz*. Esta segunda versión de iusnaturalismo es entonces “incluyente” en un sentido adicional y quizá más importante: para evaluar la validez del Derecho, el Derecho positivo debe, por sí mismo, constituir una fuente de validez. No solo es una obligación para el Derecho dar estabilidad y efectividad al debate público sobre la moralidad, sino que también debe ser coextensivo a dicho debate.

En este segundo tipo de iusnaturalismo, la definición de Derecho no incluye la proposición de que el Derecho sea justo, sino de modo mucho más modesto una pretensión de que el Derecho debe ser justo. Del hecho de que una pretensión resulte injustificada no se deriva la invalidez de la regla, salvo en casos extremos.

“Por debajo del umbral de la injusticia extrema”, dice ROBERT ALEXY (2002, 79), cuya teoría propongo como versión ejemplar de iusnaturalismo incluyente, “la pretensión solamente, y no su satisfacción, puede establecer una conexión necesaria entre el Derecho y la moral correcta. Centrarse en la satisfacción de la pretensión es demasiado decir”.

Lo que hace posible establecer una conexión necesaria entre Derecho y moralidad es la pretensión de corrección y justicia que se dice es intrínseca a cualquier práctica jurídica considerada desde el punto de vista del participante, y solo esa afirmación. Es precisamente esa aserción lo que demuestra que un Derecho no puede concebirse a sí mismo siendo extremadamente injusto. En otras palabras: cada operación jurídica se hace elevando una pretensión

de corrección o justicia. Pero una cosa es la pretensión de ser justo, referente a una estimación posterior, y otra cosa el juicio positivo de ser justo por el seguimiento o la satisfacción de un requerimiento material o por ser respaldado por evidencia lógica o intuitiva.

Una ley es ley solo en virtud de la pretensión de justicia y no es justa solo por ser positiva. Esta es la tesis principal del iusnaturalismo “incluyente”. Este es “incluyente” especialmente porque asume que el Derecho positivo es una condición que define el Derecho válido. Ello se debe al hecho de que a fin de satisfacer la pretensión de justicia no podemos hacerlo sin el Derecho positivo, sin deliberación pública tal y como está ejemplificado en la práctica legal y constitucional. En consecuencia,

una violación de la moralidad significa no que la norma o la decisión en cuestión pierde su carácter jurídico, o en otras palabras, que no es Derecho (una conexión clasificatoria), sino, más bien, que la norma o decisión en cuestión es jurídicamente defectuosa (conexión cualificatoria) (ALEXY, 2002, 79).

Esta conclusión es contraria a la proposición temeraria de ROGER BROWNSWORD y DERYCK BEYLEVELD de que “ninguna regla inmoral debe ser considerada como regla jurídica” (ADAMS y BROWNSWORD, 1999, 19), mientras que, por el contrario, se sustenta en el uso que RONALD DWORKIN hace de la distinción concepto/concepción. Como se sabe, los principios, de acuerdo con DWORKIN, son conceptos, estándares normativos generales para ser completados por doctrinas y requisitos sustantivos (“concepciones”). Por lo tanto, el razonamiento jurídico es desde este punto de vista una búsqueda argumentativa de la “concepción” que mejor se adapte y justifique ese “concepto” particular.

Ahora, como ya he dejado claro, mi postura es que buenos ejemplos de iusnaturalismo “incluyente” son ofrecidos por las teorías del discurso de ROBERT ALEXY y JÜRGEN HABERMAS. Aquí los primeros principios morales tienen una esencia procedimental, de modo que para convertirse en sustantivos existe la necesidad de hacer referencia a una práctica concreta de deliberación. En el ámbito público, esta será la producción democrática de reglas mediante participación y representación. El Derecho positivo jugará un papel central en la medida en que no se considera simplemente como un dispositivo para la aplicación de reglas morales sino que se eleva a la condición de un momento constitutivo para el reconocimiento y para dotar de significado a esas reglas.

HABERMAS desarrolla su posición en teoría del Derecho a partir de la conjunción de dos elementos básicos: (i) el principio del discurso referido a una situación ideal del habla y participación; (ii) y lo que HABERMAS llama *Rechtsform*, “la forma del Derecho”, que en su punto de vista implica derechos individuales. El concepto de Derecho positivo de HABERMAS es por lo tanto el resultado de, por una parte, una situación discursiva en la que las personas se fijan a ellas mismas reglas y, por otro lado, los derechos básicos

dados funcionalmente por “la forma jurídica”. Derechos humanos y momento constitucional son ambos investidos de igual dignidad normativa: son “co-originarios” (HABERMAS, 1998, cap. III). En este punto de vista la “forma del Derecho” no se tiene que “deducir” de la estructura de un discurso ideal⁷, “la forma del Derecho”, sus contenidos, pueden únicamente hacerse concretos mediante un ejercicio real y público de los requerimientos del discurso ideal. Por otra parte, la “forma del Derecho” aquí se basa en gran medida en derechos individuales (*subjektiven Rechte*) que no se han moralizado: son también derechos a hacerlo mal (véase GÜNTER, 1994, 478).

Según la teoría del discurso, democracia y constitucionalismo son la forma en que se llega a un acuerdo público definitivo sobre los primeros principios de la moralidad correcta y los bienes comunes básicos. Tales principios no son plenamente identificables antes de la deliberación pública de las personas a las que les conciernen. Es más, su definitividad no es “absoluta” aunque no están relacionados con estados de ánimo personales o caprichos. Estos son elementos de justicia meditados y abiertos hasta que no se traigan eventualmente al ámbito público nuevos y mejores argumentos. La conexión que tienen con el *statu quo* argumentativo hacen de aquellas conclusiones pretensiones de justicia, más que juicios absolutamente justos y verdaderos.

La noción de pretensión de justicia juega aquí un papel doble. (i) Tiene un carácter definicional del Derecho y de la práctica jurídica, abre el razonamiento jurídico al razonamiento moral y en consecuencia hace posible establecer una conexión necesaria entre Derecho y moral. (ii) Es el estatus epistémico alcanzado por las conclusiones sustantivas en la deliberación moral pública. Esto es igualmente importante para la deliberación moral *privada* ya que, para proceder y evitar la trampa del subjetivismo y la auto-indulgencia, se hace necesario simular, incluso *in foro interno*, un debate público y, en segundo lugar, traer los propios resultados a la confrontación pública e intersubjetiva concreta lo antes posible. Incluso para la filosofía cartesiana, la moralidad no puede ser autenticada únicamente mediante deliberaciones internas del ser: un momento público es exigido desde el comienzo. Esto no tiene necesariamente que ver con una fiesta comunitaria de moral social positiva o predominante, o con algún tipo de rechazo devliniano de la moral crítica como subversión del Derecho y del orden.

Desde la perspectiva de la teoría del discurso, las instituciones públicas adquieren una dimensión ontológica y normativa independiente. Dejan de ser, como en el caso del iusnaturalismo “excluyente”, la derivación de requerimientos o algún principio normativo básico, y no deben ser vistos como hechos brutos [*brute facts*] meramente. Son un dominio existencial, indepen-

7 Véase GÜNTHER, 1994, 478, traducción mía: “La forma jurídica como tal no es deducible mediante una aproximación de teoría del discurso” (*Die Rechtsform als solche ist diskurstheoretisch unableitbar*).

diente, caracterizado por dos rasgos y nociones fundamentales: racionalidad comunicativa y reglas constitutivas.

Los requerimientos morales tienen sentido aquí solo en un marco de acciones sociales que no son resultado de ellos. Los imperativos categóricos son sobre todo reglas regulativas, esto es, reglas que prescriben un modo de conducta que no es lógicamente dependiente de las reglas mismas. Sin embargo, una forma de vida, una vida en sociedad, o, si se quiere, una vida virtuosa [*flourishing human life*] no puede desarrollarse siguiendo exclusivamente reglas regulativas pues estas no pueden dar sentido especial o adscribir significado a hechos, objetos o acciones. Una prohibición o un mandato pueden tener sentido únicamente si actuamos en un contexto social significativo. Esto es posible, además, solo mediante una racionalidad (y una antropología) según la cual el agente no es solo un sujeto dirigido por necesidades privadas, sino que es compañero, amigo, amante, ciudadano, en definitiva, un ser humano completo para quien el sentido prevalece sobre el placer.

La significación de mandatos y prescripciones es posible siempre que existan reglas por las que el *cambio*, nuevos modos de conducta puedan producirse. Es por este motivo que en los sistemas jurídicos desarrollados H.L.A. HART introduce reglas secundarias al margen de las reglas primarias que imponen obligaciones. En breve: “las reglas que inhabilitan” solo tienen sentido si hay “reglas que habilitan”, no solamente prescripciones morales categóricas, por ejemplo, reglas que “proyectan” e “inventan” formas de vida comunal o tipos de acciones dentro de una vida comunal. Todo esto no se puede extraer o inferir a partir de un principio normativo o moral básico. Como cuestión de hecho, los principios morales básicos adoptan diferentes formas y matices de significado, sin por ello ser degradados a criterios relativos, según la configuración institucional concreta en la cual los compañeros, amigos, amantes y ciudadanos discuten, deliberan y actúan. En esta perspectiva, el Derecho será por tanto una empresa permanente, abierta, sin certezas absolutas, pero también alejada de la auto-indulgencia o del subjetivismo radical.

No estoy seguro de si las implicaciones ontológicas de las que vengo hablando son del todo compartidas por ROBERT ALEXANDER. No estoy seguro tampoco de ofrecer una imagen fiel de la teoría social y antropológica de HABERMAS. Sin embargo, estoy bastante convencido de que la teoría del discurso, en efecto, da lugar al punto de vista de la dimensión social que acabo de esbozar.

IV. DOS PROBLEMAS DEL IUSNATURALISMO: HACIENDO SITIO (I) A LA CRÍTICA DEL DERECHO (POSITIVO) Y (II) AL PROCESO-LEGISLATIVO CONVENCIONAL Y COLECTIVO

Llegados a este punto, podemos preguntarnos: ¿qué versión de iusnaturalismo, si es el caso, preferimos?, ¿la “excluyente” o la “incluyente”? Considero que debemos preferir la versión “incluyente”. Y lo considero así por

dos razones principales. (i) La primera es porque la versión incluyente del iusnaturalismo puede sortear una objeción importante usualmente utilizada contra el iusnaturalismo en general. Esta objeción es esgrimida, por ejemplo, por H.L.A. HART. Comentando la defensa que JOHN FINNIS hace del Derecho natural clásico, HART señala:

tiene que explicarse elaboradamente cómo es que frases famosas como la de TOMÁS DE AQUINO según la cual “el Derecho no es otra cosa que la ordenación de la razón para el bien común” es compatible con su afirmación de que “el Derecho creado por el hombre puede ser justo o injusto” (HART, 1983, 11-12).

Las teorías iusnaturalistas, nos dice HART, no están capacitadas para articular de modo adecuado la crítica al Derecho positivo. Dado que estas teorías asumen que Derecho válido es equivalente a Derecho justo, su única actitud posible, cuando se enfrentan a un Derecho injusto, será negarle el carácter o cualidad de “Derecho”. Pero en esta estrategia, en cualquier caso, argumenta HART, será una contradicción hablar de Derecho injusto ya que a todo Derecho se le reconoce automáticamente la cualidad de justo. De este modo la crítica al Derecho se torna una empresa imposible o paradójica⁸. Como resultado de lo anterior, el iusnaturalismo bloquea la actitud crítica hacia el Derecho, actitud que juega un papel importante para la reforma y mejora del Derecho positivo. El Derecho natural funcionará al final como una ideología por la cual, cualquiera que sea el *statu quo* del Derecho positivo, queda legitimado en su conjunto e incluso en ocasiones celebrado, o como un manifiesto anarquista, de alguna manera “revolucionario”, por el cual el Derecho positivo está condenado a ser permanentemente injusto.

El iusnaturalismo “incluyente”, como se indicó, evita la objeción de HART. Dado que no equipara Derecho positivo con Derecho justo, sino solo con un Derecho que elevado alguna pretensión de justicia, será posible, por un lado, identificar el Derecho positivo sin recurrir a criterios morales sustantivos e incluso otorgar validez a aquellas reglas cuya justicia pueda ser controvertida o discutible, mientras que, no obstante, somete al Derecho y a sus reglas a un juicio normativo fuerte. Simplemente sobre la base del estándar de pretensión de justicia, uno estaría habilitado para abordar la cuestión de la justicia del Derecho positivo sin caer en una *petitio principii* o en una clara contradicción, como parece ser el destino del iusnaturalismo “excluyente”. La teoría del discurso de ALEXY y HABERMAS permite tal solución en cuanto la fuerte normatividad del Derecho, sus propios principios materiales, se hacen evidentes y toman sustantividad solo en un proceso de deliberación pública,

8 “La crítica moral del Derecho, pensaba [HART], requiere una forma clara y moralmente neutral de identificar lo que es el Derecho, que no conlleve una presunción de autoridad moral”: NAGEL, THOMAS, “The Central Questions”, *London Review of Books*, 3 February 2005, p. 13.

esto es, en el proceso de producción del Derecho positivo. Aquí es cuando el momento constitucional adquiere un carácter definicional y normativo fuerte.

(ii) Esto nos lleva a la segunda razón por la cual el iusnaturalismo “incluyente” es preferible. El iusnaturalismo “excluyente” no concede especial dignidad a la Constitución y a la legislación positiva. A lo más que llega es a reconceptualizar la Constitución como depositaria de principios morales supremos, sin tener en cuenta el *momento* constitucional o fundacional, esto es, el hecho de que la Constitución es un proceso especial de auto-gobierno y auto-legislación de una comunidad, la cual de esta manera se constituye a sí misma. Para el iusnaturalismo “excluyente”, la Constitución se reconfigura en términos de mero “constitucionalismo”, y este se reinterpreta como un imperio de la ley sustantivo, el gobierno de principios morales específicos sobre la vida comunal. En este sentido, a veces se relaciona con una idea fuerte de control judicial de la ley, cuando los tribunales o el poder judicial están creados para ejercer de guardianes de los principios morales supremos. BEYLEVELD y BROWNSWORD afirman que los jueces no están obligados “a las reglas *de facto* básicas de la política (cualesquiera que estas reglas fundamentales sean)” (BEYLEVELD y BROWNSWORD, 1994, 312), de modo que un Tribunal Constitucional sería competente para revisar la misma Constitución positiva (véase *ibid.*, 311).

El resultado final de esta aproximación podría ser una especie de platonismo normativo, un gobierno de filósofos que tienen acceso privilegiado a la verdad moral. En otras ocasiones esta verdad es aún vista como tan difícil de entender y soportar que se recomienda que no debe propagarse. Tal parece ser la posición de LEO STRAUSS. Los filósofos tendrían que comprometerse con el sutil engaño y confiar en sólidos y bien parecidos “hombres honorables” para implementar sus principios a una masa de gente, lo que de otra manera no podría conseguirse solo con la sabiduría filosófica⁹.

El iusnaturalismo “incluyente”, según el cual la verdad moral no es materia de conocimiento filosófico sino de un debate público y deliberativo, no tendrá ninguna de esas inquietantes repercusiones. Para el iusnaturalismo “incluyente”, el constitucionalismo es mucho más que el imperio de la ley y está estrechamente vinculado con el momento constituyente como proceso legislativo especial de una comunidad que está en busca de su propia identidad política. El iusnaturalismo “excluyente” es tendencialmente “monárquico”, si lo que cuenta respecto a los regímenes políticos es que sus leyes deban ser justas y no que deban ser aprobadas por quienes están llamados a acatarlas (véase GEORGE, 2001, 198); o de lo contrario es anárquico, cuando todos

9 Véase STRAUSS, LEO, *Liberalism Ancient and Modern*, New York, Basic Books, 1968, cap. II, y véase BLOOM, ALAN, *The Closing of American Mind*, New York, Simon and Schuster, 1987, p. 279: “Y así los filósofos se comprometieron en el sutil arte del engaño [...]. Por consiguiente, los filósofos se aliaron con los caballeros, siéndoles útiles, no rebelándose contra ellos, fortaleciendo su gentileza y franqueza mediante la reforma de su educación”.

los ciudadanos tienen el estatus de reyes filósofos que, en última instancia, pueden actuar sin consultar a los demás. Contrariamente, el iusnaturalismo “incluyente” es profundamente republicano, en el sentido de que toma a la democracia como el régimen más apropiado para la deliberación e interacción pública que son la esencia del Derecho.

Incluso si los agentes en una comunidad política estuvieran todos de acuerdo con el PCG o con cualquier otro principio moral supremo, como ciudadanos necesitarían un momento o una situación pública para expresar su compromiso. Sería necesario un marco institucional en el cual y por el cual los agentes puedan reunirse, intercambiar puntos de vista, discutir el principio moral supremo, su interpretación y su alcance, llegar a un acuerdo y comprometerse recíproca y colectivamente a seguir tal acuerdo. Sin ese espacio público los agentes simplemente *no sabrían* que universalmente siguen el mismo principio y que se comprometen a hacerlo. Aun cuando los ciudadanos estén personal e individualmente comprometidos con el principio moral supremo, el “problema externo de la autoridad” –por adoptar la terminología utilizada por BEYLEVELD and BROWNSWORD– todavía está por resolverse. Para tal propósito, “la necesidad dialéctica” del PCG no es suficiente, puesto que, como hemos visto, este tipo de necesidad puede solamente sostenerse para el sujeto que lo afirma. De hecho, se basa en una perspectiva de primera persona, que no requiere la aprobación desde el punto de vista de los interlocutores. La reciprocidad y el reconocimiento universal del acuerdo por todas las partes interesadas no pueden simplemente inferirse lógicamente de una actitud monológica y prudencial. Por ese tipo de actitud, difícilmente uno puede esperar justificar la autoridad o el poder ejercido sobre *otros*, que están limitados por siempre a un punto de vista en segunda persona. Cuando el “problema externo de la autoridad” surge, y surge inevitablemente cuando preguntamos sobre el Derecho a seguir, no puede ser tratado simplemente con referencia a la necesidad intrínseca, sea lógica o “dialéctica”, de un principio moral supremo. Los interesados deben, en principio, ser capaces de plantear preguntas y de que sean respondidas, deben ser capaces de formular pretensiones y de obtener que sean satisfechas, deben ser capaces de llegar a acuerdos, pero también, y de modo más básico, de no estar de acuerdo.

V. CODA: RECONCILIANDO LAS VERSIONES “EXCLUYENTE” E “INCLUYENTE” DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Quisiera concluir con una pequeña coda y volver una vez más a las versiones “excluyente” e “incluyente” del positivismo jurídico. Creo que las deficiencias mostradas por ambos enfoques aportarán un argumento nuevo y, en cierto sentido, paradójico en apoyo al iusnaturalismo “incluyente”.

Como vimos, el positivismo “incluyente” acepta que el Derecho puede incluir principios morales en sus fuentes. Sin embargo, esto se considera

una cuestión contingente o de elección. No hay ninguna necesidad de que la moral –sostienen los positivistas “incluyentes”– cubra o se incorpore a las fuentes jurídico positivas. En cualquier caso, cuando la moral se introduce al sistema jurídico es solo mediante un hecho social, y dicha incorporación no altera el enfoque descriptivo o neutral propio del positivismo. La evaluación del Derecho sigue siendo una cuestión estrictamente descriptiva, de enunciados teoréticos.

Se puede objetar que el problema en la estrategia del positivismo jurídico “incluyente” es que no toma los principios en serio. Una vez que los principios se aceptan como parte de la regla de reconocimiento, en las fuentes del Derecho, y dado que son estándares generales que requieren ser concretados y ponderados para ser operativos, los ciudadanos y los juristas tienen que incursionar en un proceso de razonamiento moral, si es que quieren dar a dichos principios un contenido más determinado. El razonamiento jurídico, en el sentido de estimación de una regla jurídica válida, no es suficiente aquí. La estimación de que ciertos principios figuran en la regla de reconocimiento es solamente un paso preliminar. En esta etapa todavía no sabemos qué contenidos precisos tendrán estos principios en relación al caso en concreto. Para dar contenido a los principios, no obstante, tenemos que combinarlos, balancearlos o “pesarlos” frente a otros, en un ejercicio de argumentación moral. Necesitamos reconstruir lo que los principios dicen de acuerdo con la teoría que mejor los justifique. Tenemos que reproducir los argumentos a favor de ellos, rastrear otros principios relevantes y construir un esquema más o menos coherente. Pero si esto es así, ya no habrá más espacio para la tesis de que el Derecho en general es una práctica desligada o ajena a la moralidad y que su evaluación es una cuestión puramente teorética.

El positivista “incluyente” podrá replicar que incluso si el Derecho está generalmente relacionado con la moralidad, ello es una cuestión contingente, dependiente de lo que unas “fuentes jurídicas” dadas digan y permitan. Sin embargo, una vez que los principios morales son “acogidos” entre las fuentes del Derecho, la empresa jurídica no puede simplemente ser “teorética”: el positivismo como metodología descriptiva y neutral dejará de funcionar. Los principios morales como “conceptos” a evaluar necesitan referirse a “concepciones”, las cuales son consideraciones normativas (morales) fuertes. El positivismo “incluyente” probablemente descubrirá que no puede permitirse el lujo de ser positivista por más tiempo.

Si para ser operativo el razonamiento jurídico necesita del razonamiento moral, entonces existe una conexión necesaria entre Derecho y moral. El positivismo jurídico “excluyente” (en la versión ofrecida por JOSEPH RAZ) así lo reconoce. El razonamiento jurídico y el razonamiento moral están vinculados entre sí. RAZ es bastante partidario a este respecto. Uno podría esperar entonces el desarrollo de un concepto no-positivista del Derecho. Sorprendentemente lo que ocurre es todo lo contrario. RAZ mantiene un fuerte enfoque positi-

vista. Su argumento es el siguiente. Para él, el razonamiento jurídico está en alguna medida necesariamente relacionado con el razonamiento moral: “el razonamiento jurídico es un ejemplo de razonamiento moral” (RAZ, 1994, 341). Sin embargo, el razonamiento jurídico –agrega a continuación– no tiene nada que ver o tiene que ver muy poco con el Derecho y su “naturaleza”, que no se refleja en el razonamiento jurídico como un todo sino solo en un tipo especial de razones utilizadas por abogados y jueces: “las consideraciones autoritativas positivas”. Por lo tanto, una teoría de la decisión judicial debe distinguirse cuidadosamente de una teoría sobre la naturaleza del Derecho. La primera es “una teoría moral” (ibíd., 209), mientras que la segunda puede ser puramente descriptiva¹⁰. RAZ cree que “la naturaleza del Derecho” es independiente de la práctica jurídica, y por lo tanto independiente del punto de vista interno, esto es, del punto de vista de jueces, abogados, funcionarios, o de los ciudadanos que utilizan y aplican el Derecho. De esta manera es posible una vez más defender la posición de que el Derecho (la “naturaleza del Derecho”) y la moralidad son dos ámbitos desconectados.

Sin embargo, para justificar su tesis RAZ tiene que pagar un precio muy alto: tiene que repudiar el enfoque metodológico de HART, según el cual el Derecho solo puede entenderse desde el punto de vista interno, desde la postura del participante, la que toman los juristas profesionales, y por la cual el estudio del Derecho tiene una base hermenéutica. “Hay algo inherentemente implausible –afirma– en la adopción de la perspectiva del operador jurídico como nuestra postura metodológica fundamental” (ibíd., 203). Para seguir siendo positivista, RAZ tiene que adoptar una posición pre-hartiana, esto es, a fin de cuentas, un punto de vista externo aplicable a hechos brutos, regularidades y objetos inanimados.

No obstante, para identificar un sistema jurídico como tal, y eventualmente distinguir entre sistemas jurídicos diferentes, necesitamos hacer referencia al razonamiento de aquellos actores que usan la regla de reconocimiento. Desde un punto de vista externo, solamente podemos observar regularidades de conducta. La “naturaleza del Derecho” de RAZ no permitiría a un observador evaluar qué es y qué no es Derecho válido. O bien podría autorizar la evaluación de un sistema jurídico que, pese a corresponder a regularidades externas, sería de hecho inexistente porque sería desconocido desde el punto de vista del participante¹¹.

10 En palabras de THOMAS NAGEL: el proceso de deliberación judicial puede incluir razonamiento moral; el proceso de descubrimiento de qué sea Derecho, no: NAGEL, THOMAS, “Raz on Liberty and Law”, en Íd., *Concealment and Exposure and Other Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 139.

11 Esta dificultad fue puesta de manifiesto por el propio RAZ en uno de sus primeros trabajos: véase RAZ, JOSEPH, *Practical Reason and Norms*, 2.ª ed., Princeton, Princeton University Press, 1990, pp. 125-126.

Un jurista de corte iusnaturalista “incluyente” sería capaz de combinar provechosamente las ideas más plausibles y prometedoras del positivismo jurídico “incluyente” y del “excluyente”. Del positivismo “incluyente” aceptaría la idea de que los principios morales pueden desempeñar un papel en la regla de reconocimiento y en la definición de qué es lo que un Derecho positivo concreto requiere. Del positivismo “excluyente” podría aceptar que el razonamiento jurídico se refiere necesariamente a un razonamiento moral, que su autonomía está limitada. Tomadas en conjunto, de estas dos tesis fundamentales emergerá algo muy cercano al enfoque que he propuesto llamar como iusnaturalismo “incluyente”. Podríamos concluir que, paradójicamente, solo por medio del iusnaturalismo (en su versión “incluyente”) es que tendríamos éxito en la empresa de conciliar el positivismo jurídico en sus versiones “excluyente” e “incluyente”.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAMS, JOHN N. y BROWNSWORD, ROGER, *Understanding Law*, 2.^a ed., London, Sweet and Maxwell, 1999.
- ALEXY, ROBERT, *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*, Oxford, Clarendon, 2002; trad. de J. MALEM SEÑA, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.
- BEYLEVELD, DERYCK y BROWNSWORD, ROGER, “The Implications of Natural-Law Theory for the Sociology of Law”, en CARTHY, A. (ed.), *Post-Modern Law-Enlightenment, Revolution and the Death of Man*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1990.
- BEYLEVELD, DERYCK y BROWNSWORD, ROGER, *Law as Moral Judgment*, 2.^a ed., Sheffield, Sheffield Academic Press, 1994.
- BLOOM, ALAN, *The Closing of American Mind*, New York, Simon and Schuster, 1987.
- CALVINO, ITALO, *Invisible Cities*, trad. W. Weaver, London, Vintage, 1997; varias trads., p. ej., *Ciudades invisibles*, Barcelona, Minotauro, 1983.
- FINNIS, JOHN, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980; trad. de C. ORREGO, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- FINNIS, JOHN, “Natural Law and Legal Reasoning”, en GEORGE, ROBERT P. (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1994.
- FINNIS, JOHN, “Law, Morality, and Sexual Orientation”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 9, 1995.
- FINNIS, JOHN, “The Truth in Legal Positivism”, en GEORGE, ROBERT P. (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- FINNIS, JOHN, “Natural Law and Ethics of Discourse”, en *Ratio Juris* 12, 1999.

- FINNIS, JOHN, BOYLE, JOSEPH y GRISEZ, GERMAIN, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, Oxford, Clarendon Press, 1989.
- FRIES, JACOB F. “Philosophische Rechtslehre” (1803), en FRIES, J.F., *Sämtliche Schriften*, vol. 9, KÖNIG, G. y GELDSETZER, L. (eds.), Aalen, Scientia, 1971.
- GEORGE, ROBERT P., *In Defence of Natural Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- GEORGE, ROBERT P., *The Clash of Orthodoxies. Law, Religion, and Morality in Crisis*, Wilmington, ISI Books, 2001.
- GEWIRTH, ALAN, *Reason and Morality*, Chicago, University of Chicago Press, 1978.
- GEWIRTH, ALAN, “Foreword”, en BEYLEVELD, D., *The Dialectical Necessity of Morality*, Chicago, University of Chicago Press, 1991.
- GÜNTHER, KLAUS, “Diskurstheorie des Rechts oder liberales Naturrecht in diskurstheoretischem Gewande?”, en *Kritische Justiz*, 27, 1994.
- HABERMAS, JÜRGEN, *Between Facts and Norms*, trad. W. REHG, Cambridge, Mass., Polity Press, 1998; trad. y estudio preliminar de M. JIMÉNEZ REDONDO, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 5.ª ed., 2005.
- HARE, RICHARD M., “Do Agents Have to Be Moralists?”, en REGIS Jr., E. (ed.), *Gewirth’s Ethical Rationalism. Critical Essays with a Reply by Alan Gewirth*, Chicago, University of Chicago Press, 1984.
- HART, HERBERT L.A., *Essays in Jurisprudence and Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983.
- HART, HERBERT L.A., “Postscript”, en Íd., *The Concept of Law*, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1994; trad. de R. TAMAYO y SALMORÁN, *Post Scriptum al concepto de Derecho*, México, IJ-UNAM, 2000.
- HAZLITT, WILLIAM, “On Reason and Imagination”, en Íd., *On the Pleasure of Hating*, Cambridge, Mass., Polity Press, 2004.
- MACCORMICK, NEIL, “Gewirth’s Fallacy”, en *Queen’s Law Journal*, 9, 1984.
- MARMOR, ANDREI, *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992; trad. de M.M. HURTADO, *Interpretación y teoría del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 2000.
- NAGEL, THOMAS, “Raz on Liberty and Law”, en Id., *Concealment and Exposure and Other Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- PALMER OLSEN, HENRIK y TODDINGTON, STUART, *Law in Its Own Right*, Oxford, HART Press, 1999.
- RAZ, JOSEPH, *Practical Reason and Norms*, 2.ª ed., Princeton, Princeton University Press, 1990; trad. de J. RUIZ MANERO, *Razón práctica y normas*, Madrid, CEC, 1991.
- RAZ, JOSEPH, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994; trad. de L.M. MELÓN, *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001.

STRAUSS, LEO, *Liberalism Ancient and Modern*, New York, Basic Books, 1968; trad. de L. LIVCHITS, *Liberalismo antiguo y moderno*, Madrid, Katz, 2007.

WALUCHOW, WILFRID J., "Charter Challenges: A Test Case for Theories of Law", *Osgoode Hall Law Journal* 29, 1991; trad. de una versión ampliada y revisada por el autor de M.D. GIL y R. TESONE, *Positivismo jurídico incluyente*, Madrid, Marcial Pons, 2007, cap. v, "Casos constitucionales", pp. 157-180.