

El positivismo jurídico y la relación entre Derecho y Moral

por

Jorge Guillermo Portela
Universidad Autónoma del Caribe

1. Introducción general al tema. El debate moderno y contemporáneo.

Hoy en día nadie duda que “el tema”, el gran tópico de la iusfilosofía en particular se refiere a las posibles conexiones entre moral y derecho, o a las eventuales diferencias que pueden encontrarse entre ambas disciplinas normativas. Somos concientes de que no hay originalidad en el planteo de esta cuestión. Tengamos en cuenta que el subtítulo de este trabajo, hace referencia al debate moderno y contemporáneo en torno al derecho y la moral, por lo que podemos tomar a Kant como el pensador que inicia, hacia fines del siglo XVIII, la cuestión referida a lo que el considera como una separación tajante entre el mundo de lo jurídico y el mundo de la ética.

Fue necesario el aporte de un filósofo a secas, que no tenía nada que ver con el universo propio de las ciencias jurídicas, para que su punto de vista fuera seguido posteriormente por todos los desarrollos del paleopositivismo. En efecto, para Kant la moral tiene que ver con lo que él llama la “*legislación interna*” que, por ello mismo, no puede tener ningún legislador externo al sujeto mismo. Las obligaciones de la legislación “*jurídica*”, para utilizar la terminología kantiana, pueden ser, en cambio, externas: leyes vinculantes para las cuales es posible una legislación externa. El conjunto de ellas, constituye el Derecho.

Este criterio (interioridad/ exterioridad), ha sido utilizado permanentemente como intento para tratar de diferenciar a la moral del derecho. Kant, sin embargo (que presumiblemente adoptó este punto de vista metodológico de los desarrollos formulados por Puffendorf), no se percató que la división de un acto humano según los cánones de la interioridad o la exterioridad resulta verdaderamente artificial y antinatural puesto que en rigor de verdad no hay acciones puramente externas, salvo en casos de estadios psicológicos alterados o patológicos. *El acto humano siempre nace en la interioridad del querer y culmina en la exterioridad del obrar.* Del mismo modo, tampoco hay actos puramente internos. Lo que hay dentro mío, en mi interior (lo que podríamos llamar mi conciencia), siempre es una conciencia de algo, y ese algo, ha sido tomado de la realidad, fuera de mi mismo.

De todas maneras, en el campo de la ética, la idea de la obligación basta ya por sí como motivo del obrar. En otros términos: para Kant, lo propio de la legislación ética es realizar acciones sólo porque son obligatorias, convirtiendo en motivo suficiente del arbitrio el principio de la obligación.

Pero Kant no termina aquí su análisis. Inmediatamente después, afirma como constitutivo esencial del Derecho, la presencia de la coacción¹. La moral, por su parte, pone de relieve la libertad, el arbitrio en el hombre, “*la conciencia como motivo del obrar*”. El Derecho, en cambio, no puede apelar pura y simplemente a esa misma conciencia, sino que “*descansa en el principio de la posibilidad de una coacción externa que se concilia con la libertad de todos según leyes generales. Cuando se dice, por ejemplo, que un acreedor tiene el derecho a exigir del deudor el pago de la deuda, esto no significa que aquél puede convencer a éste de que su razón misma le obliga al pago, sino que una coacción que fuerza a todo el mundo a hacerlo así puede conciliarse con la*

¹ Kant, Immanuel: *Introducción a la teoría del derecho*. Los estudios que se agrupan con este título, publicados por la Ed. Marcial Pons, comprenden la introducción general a la Metafísica de las costumbres y la introducción en sentido estricto a la Teoría del derecho, primera parte de aquélla, las cuales fueron publicadas conjuntamente por Kant en 1797 a la cabeza de sus *Principios metafísicos de la teoría del Derecho*. Marcial Pons, 2005, pto D, pág. 47.

*libertad de todos (...) según una ley general de libertad. Derecho y facultad de coacción significan, por tanto, una y la misma cosa*². Esta idea, se repite una y otra vez: todo Derecho en sentido estricto está unido a la facultad de ejercer la coacción³.

Este segundo criterio de separación es el que ha tenido, quizás, mayor cantidad de seguidores en el campo de la filosofía del derecho. Como veremos más adelante, es el que utilizó más insistentemente el paleopositivismo. Kelsen, v.gr., llega a asegurar que la verdadera norma jurídica es aquella que posee coacción. Aclaremos tan sólo que la diferenciación aludida tampoco es del todo segura puesto que así como existen normas jurídicas sin sanción (por ejemplo, las meramente descriptivas y también las facultativas), la conciencia posee una fuerza coactiva extraordinaria, algunas veces mucho más efectiva que la pura sanción positiva.

No debemos olvidar, además, lo que Kant denomina “el principio supremo de la moral”, que luego va a ser denominado “principio de universalidad”: *obra de acuerdo con una máxima que, a la vez, puede valer como ley general*. Para nuestro autor, esto funciona como un verdadero “test” de validez de las obligaciones morales, al punto que toda máxima que no se adecua a ello, es contraria a la moral⁴. Ya volveremos sobre este principio una y otra vez.

Puede decirse pues que a partir de Kant comienza a realizarse una división teórica que impactará notablemente en el plano de la filosofía del derecho. No es que antes se desconocieran ciertos aspectos sobre los cuales se fundaban algunos conocidos supuestos de separación. Sin ir más lejos, podemos citar el caso de Hobbes y su conocida fundamentación del Derecho en un mero acto de autoridad: *“auctoritas non veritas facit legem”*. Con lo cual el Derecho carece de todo soporte moral, ya que resulta creado por un mero acto de voluntad. Mas atrás nos podemos remontar a los

² Aut. y ob. cit., Pto. E, pág. 48.

³ Aut. y ob. cit., pág. 51. *Apéndice a la introducción a la teoría del derecho. Sobre el derecho equívoco.*

⁴ Aut. y ob. cit., IV. Pág. 41.

desarrollos de la sofística griega, con la conocida oposición entre *physis* y *nomos*. Pero el punto de vista más conocido (o al menos el que ha producido mayor impacto) es sin lugar a dudas el kantiano.

Las dificultades que plantean las afirmaciones kantianas saltan a la vista. A partir de ellas, algunos han hablado que el tópico referido a la relación entre Derecho y moral constituye ni más ni menos que el “Cabo de Hornos de la filosofía del Derecho” para mencionar la facilidad con la que han naufragado las diferentes teorías, al abordar nuestro tema.

Ya nadie duda, por otra parte, de que este tema superlativo de la iusfilosofía, es parte de un lugar común en el universo de las ideas jurídicas contemporáneas. En efecto, los juicios sobre lo justo o lo injusto, las opiniones referidas a si alguna ley o un cuerpo legislativo es bueno o malo, en fin, las modernas concepciones respecto a los derechos humanos, tocan todas ellas algún aspecto de la moralidad y sin embargo, las mismas poseen una directa atinencia jurídica.

Como lo ha expuesto Lyons, nadie pone en duda que las opiniones morales influyen sobre el Derecho. Las normas que rigen la conducta sexual, el uso de drogas, la propiedad, los contratos, han sido inspirados, al menos hasta cierto punto, por ideas de justicia moral y responsabilidad. Pero a su vez notamos que las leyes corresponden al código de valores en uso por aquellos que tienen capacidad para influir en su desarrollo y el Derecho, a su vez, repercute en las actitudes morales. Su cumplimiento, por ejemplo, tiende a reforzar los valores que reflejan⁵.

Ciertamente, sugiere con precisión Lyons, parece difícil negar que las leyes pueden ser razonablemente juzgadas buenas o malas, sabias o absurdas, justas o injustas. Si existen patrones morales para juzgar las leyes con propiedad, es lógico que las leyes puedan ser justas o injustas, buenas o malas. Por la misma razón, es posible afirmar que la ley no es forzosamente buena, sabia y justa. La ley no siempre se encuadra en los patrones morales mediante los cuales puede ser valorada, con lo cual podemos concluir que es moralmente falible.

⁵ LYONS, David: *Ética y Derecho*, Ed. Ariel, 1986, pág. 71.

Entra en escena aquí una cuestión no menos importante: el de la valoración. Efectivamente, si decimos que esta ley es justa o injusta; si afirmamos que una norma jurídica es buena o mala, estamos *apreciando*. Realizamos un juicio de valor concreto. En consecuencia, la axiología jurídica es también una parte ineludible de este problema que es el de las relaciones o diferencias entre la moral y el Derecho.

Ello no hace más que poner de relieve la complejidad y gravedad de nuestro tema de estudio. Nos hemos introducido de lleno en el tópico.

2. Las grandes posturas éticas modernas: utilitarismo, prescriptivismo y emotivismo. Su contribución al Derecho. El positivismo como teoría.

¿Tiene importancia el bienestar general como fundamento último de la obligación moral? Un simple examen de las principales prescripciones éticas, parece no tener en cuenta al principio del bienestar general que, sin embargo, así formulado, mantiene un gran atractivo a nivel político y jurídico. Esta formulación sencilla, la de la maximización de la utilidad es lo que explica, sin embargo, la amplia difusión que tuvo el utilitarismo durante gran parte del siglo XIX y principios del siglo XX. Un análisis más pormenorizado de las consecuencias (o implicancias negativas de esta teoría, como veremos más adelante) ha contribuido para que ella sea rechazada por la gran mayoría de los desarrollos éticos contemporáneos. Tal es el caso, por ejemplo, de los estudios efectuados en torno a la teoría de la justicia por John Rawls, o los avances en torno a la naturaleza del Derecho protagonizados por Ronald Dworkin, para citar dos ejemplos concretos del descrédito que sufre el utilitarismo en nuestros días.

Ahora bien, efectuada esta aclaración preliminar, podemos decir que hay dos tipos de utilitarismo: el de acto y el de regla. El utilitarismo de acto es la concepción de que es deber de un agente (en el sentido objetivo) realizar un acto específico en una ocasión específica si y sólo si al hacerlo se producirá (realmente o

probablemente) un estado de seres concientes que sea de máximo valor intrínseco, en comparación con lo que se produciría mediante otros actos que el agente pudiera haber realizado en su lugar. En términos sintéticos: “*Si el realizar A posee, de entre todas las cosas que X puede hacer, la máxima utilidad neta esperable, entonces constituye el deber objetivo de X realizar A*”⁶. En otras palabras: denominamos a esta variante utilitarismo de acto porque afirma que *es la utilidad del acto mismo la que es moralmente relevante*.

Sin embargo, esta caracterización plantea diversos problemas. El principal de ellos consiste en saber exactamente que es la “máxima utilidad neta esperable”. Brandt explica en términos sencillos esta cuestión. A juicio de este autor, lo primero que hay que hacer es considerar las cosas que, en base a la evidencia disponible, tienen más que una probabilidad pequeña de ocurrir si se realiza *A* y que difieren de lo que probablemente ocurrirá si se realiza *B*. Posee mayor utilidad neta esperable aquel conjunto de consecuencias (junto con las probabilidades) que es *mejor*, es decir, que sería objeto de una preferencia justificada. El conjunto de consecuencias esperables que posea la capacidad de producir tal preferencia justificada, es lo que puede decirse que posee “mayor utilidad neta esperable”. El que un conjunto de consecuencias posea una mayor utilidad neta esperable que otro, pues, es una cuestión fáctica, acerca de la cual una persona puede tener una opinión correcta o incorrecta⁷.

Aquí se ingresa, desafortunadamente, en el terreno de máxima subjetividad puesto que el término “*mejor*” tiene un significado o un contenido totalmente diferente para un borracho, que goza al estar tirado en estado de ebriedad en una charca, o para un melómano, para quien el mayor placer es escuchar la quinta sinfonía de Beethoven.

El problema ya había sido entrevisto por el mismo Stuart Mill, discípulo de Bentham, al observar que al lado de la intensidad del placer o de su cantidad, es preciso tener en cuenta su calidad, lo que expresó con una fórmula que el mismo Leclercq califica como

⁶ BRANDT, Richard B.: *Teoría Ética*, Alianza Universidad, 1982, pág. 440.

⁷ BRANDT, Richard B., ob. cit., pág. 441.

sorprendente: “Vale más ser un hombre descontento que un cerdo satisfecho; si el imbécil y el puerco piensan de distinta manera es porque no conocen sino el lado de la cuestión que les afecta”⁸.

A nuestro juicio, el utilitarismo no deja lugar alguno para la aceptación de máximas morales generales (por ej., “cumple tus promesas”; “di siempre la verdad”; “no se debe castigar al inocente”) ya que, como lo enseña agudamente Brandt, cuando existen buenas razones para considerar que la máxima utilidad neta esperable será producida por un acto que las viola, entonces deben ser abandonadas. Tales reglas han de ser descartadas sin vacilación cuando claramente entran en conflicto con el interés general.

Tal como lo sugiere Wellman, un punto a favor del utilitarismo de acto es que puede proporcionar una explicación plausible del por qué cierto tipo de actos son correctos o equivocados. En efecto, ¿por qué la cualidad de decir la verdad hace correcto a un acto, y por qué la cualidad de robar lo hace incorrecto? La respuesta más obvia es que decir la verdad es útil y robar perjudicial. Como hemos visto, una observación más detenida, sobre ciertos casos excepcionales, hace que el utilitarismo de acto sea menos plausible⁹.

El otro matiz que toma esta teoría se denomina “utilitarismo de regla”. Así, siguiendo nuevamente a Brandt podríamos formular su tesis de la siguiente manera: “Es obligatorio, principalmente, para un agente realizar un acto *A* si y sólo si la prescripción de que se realice [“¡Haz *A*!”] se sigue lógicamente de una descripción completa de la situación del agente más las prescripciones ideales para su comunidad; y las prescripciones ideales para su comunidad son aquel conjunto de imperativos universales (de la forma “Haz *A* en las circunstancias *C*”) que no contengan nombres propios, que sea *a*) completo y que no contenga más imperativos distintos y conceptos que lo requiera la completitud, y tal que *b*) el esfuerzo conciente por obedecerlo, por parte de todos los que forman la comunidad del agente, producirá, cuando menos, tanta utilidad neta

⁸ LECLERCQ, Jacques: *Las grandes líneas de la filosofía moral*, Ed. Gredos, 1977, pág. 95.

⁹ WELLMAN, Carl: *Morales y Éticas*, Ed. Tecnos, 1982, pág. 77.

esperable como un esfuerzo semejante por obedecer cualquier otro conjunto de imperativos”¹⁰.

En términos más sencillos, Wellman explica que para esta variante, un acto es correcto o incorrecto dependiendo si es conforme a una regla moral o la quebranta. Desde luego, una regla moral, a su vez, se justifica o no dependiendo de su utilidad o desutilidad. Probablemente, el ideal moral es tener el conjunto de reglas morales que eleve al máximo la utilidad para una sociedad dada. Aunque la aceptabilidad de cualquier regla moral depende enteramente de su utilidad, es completamente inapropiado aplicar la prueba de la utilidad directamente a un acto individual en la forma en que lo hace el utilitarismo de acto. La corrección o incorrección de un acto particular ha de ser juzgada simplemente por el hecho de que sea conforma a la regla o la viole¹¹.

Indudablemente, el utilitarismo de regla es un intento de salir de las redes del subjetivismo que provocaba el utilitarismo de acto. Esto se puede ver claramente con el ejemplo que propone Brandt: supongamos que he hecho la promesa de realizar *A*, y que me pregunto si realmente debería realizar *A*. Ahora bien, posiblemente el conjunto de imperativos, respecto a los cuales el esfuerzo universal consciente de conformidad producirá la máxima utilidad neta esperable en mi comunidad, contendrá una norma semejante a (con algunas matizaciones), “Si una persona ha hecho la promesa de realizar *x*, entonces ¡que haga *x*!”. Este conjunto de prescripciones ideales, pues, más la descripción de mi situación (como la de quien ha hecho la promesa de realizar *A*) de este modo implica la prescripción “¡Haz *A*!”. Y de acuerdo con la tesis, estoy, por ende, obligado por encima de todo a hacer *A*¹².

Quizás pueda notarse cierto resabio empirista en el modo del explicar la inclinación con que nos debemos a una prescripción determinada. No debemos pasar por alto, sin embargo, que si el objeto de este trabajo es analizar las analogías y diferencias entre derecho y moral, el utilitarismo de regla puede mostrarnos algunas

¹⁰ Aut. y ob.cit., pág. 457.

¹¹ WELLMAN, Carl, ob. cit., pág. 77.

¹² Aut. y ob. cit., pág. 457.

aplicaciones. Brandt, por ejemplo, sugiere que resulta de utilidad trazar una analogía entre esta teoría y la aplicación de las leyes a los casos particulares. Las leyes, por ejemplo, son generales y los casos que se presentan, particulares. Es este tránsito, de la generalidad a la particularidad, el que intentan resolver las diversas escuelas de interpretación, lo que podríamos denominar “el drama de la hermenéutica”.

Así, por ejemplo, una pregunta que podríamos hacernos es la siguiente: ¿cómo solventará esta teoría los casos de conflictos de obligaciones? Supongamos, por ejemplo, que una prescripción nos dice, que cumplamos nuestras promesas y que otra nos dice que hagamos todo el bien que podamos, y supongamos que se presenta un caso en el que cumplir una promesa impedirá la realización de mucho bien. ¿Qué se nos manda hacer, de acuerdo con esta teoría?

Brandt sugiere, respecto de este ejemplo, que un conjunto de prescripciones no está completo si no contiene una prescripción para todo tipo específico de problemas. Un conjunto completo de prescripciones, pues, debe contener prescripciones que den normas para los casos de posible conflicto entre las prescripciones más simples. Y por supuesto, estas prescripciones para solventar conflictos serán, al igual que todas las prescripciones del conjunto, aquellas con relación a las cuales la adhesión consciente, en las circunstancias programadas, maximizará el bienestar neto esperable del grupo. Posiblemente estas prescripciones para solventar conflictos podrían ellas, por su parte, entrar en conflicto entre sí; y, de ser así, entonces evidentemente deben existir prescripciones todavía más complejas y específicas añadidas a la lista, si ésta ha de ser completa¹³.

Pensamos que la crítica asoma inmediatamente, porque ninguna obligación moral, según nuestro punto de vista, puede entrar en conflicto con la noción de bien o la de verdad. En otras palabras, cumplir con una prescripción moral implica de por sí hacer un bien, ya a nosotros mismos, ya a un tercero: *el bien en cuanto conocido es una verdad, igual que la verdad en cuanto fin para la acción es un bien. Entre la verdad y el bien no es posible contradicción*

¹³ Aut. y ob. cit., pág. 459.

alguna. Siguiendo esta línea crítica, conceptos básicos como el de la justicia, quedan diluidos en un vago “bienestar general” o en una dudosa “maximización de la utilidad” o una “mayor felicidad para el mayor número” que puede llevarnos a resultados verdaderamente sorprendentes. En filosofía moral, cuando se buscan los fundamentos de la regla moral, hay que preguntarse si el bien y la felicidad se identifican y si la búsqueda de la felicidad, tomada en sí misma, o la preocupación de la felicidad con exclusión de todo lo demás, constituye un móvil propiamente moral, si por consiguiente un acto tiene un carácter moral por el hecho de que se realiza con el fin de ser dichoso o de procurarse un placer¹⁴.

Ha advertido con gran precisión Leclercq, que la palabra utilitarismo dice cálculo, y el cálculo tiene como fin la felicidad. Hay cierta *aritmética moral* en esta teoría, puesto que en última instancia lo útil es lo que aumenta el placer y disminuye el dolor. Puesto que no hay más bien que el placer, es inútil invocar ningún principio superior al interés; la moral es un sistema de interés bien entendido. Todo el problema moral consiste, pues, en calcular bien su interés. Es preciso pesar placeres y dolores, aumentar el placer, disminuir el dolor. La vida es un negocio; la moral consiste en hacer ganancias, y queda reducida a una cuestión de aritmética: el bien es el ingreso; el mal el gasto y en todo caso, el objetivo práctico del moralista es establecer las reglas de esta especie de contabilidad moral¹⁵.

Estos motivos han hecho que el utilitarismo carezca hoy en día de desarrollos más o menos serios e importantes.

Esta especie de disolución de la moral en el deseo o la felicidad de todos, nos conduce a otra postura denominada prescriptivismo, cuyo principal exponente es el filósofo analítico R.M. Hare.

Se sabe que la analítica no constituye, estrictamente, una escuela filosófica sino más bien un estilo de pensamiento, que congrega a autores de tendencias bien diversas. Los une la preocupación

¹⁴ LECLERCQ, Jacques: *Las grandes líneas de la filosofía moral*, Ed. Gredos, 1977, pág. 100.

¹⁵ LECLERCQ, Jacques: *Las grandes líneas de la filosofía moral*, Ed. Gredos, 1977, pág. 93.

común por el análisis del lenguaje y un desprecio consiguiente hacia la metafísica. En especial, los filósofos analíticos niegan que los términos éticos sean simplemente descriptivos o prescriptivos. Pero Hare agrega que el significado prescriptivo permanece constante para toda clase de objetos mientras que el significado descriptivo varía con cada clase: que el significado descriptivo puede ser cambiado mediante el uso del significado prescriptivo, pero no al revés; y que es posible enseñar el significado típicamente prescriptivo de “bueno” con total independencia de sus funciones descriptivas. Más aún, cuando la palabra “bueno” es usada en forma puramente descriptiva, ya no puede desempeñar su función valorativa especial, a saber, la de elogiar o recomendar¹⁶.

En otras palabras, la prescripción, en general, *nos indica que hagamos algo*, mientras que los enunciados nos dicen *que ocurre algo*, son descripciones. Contra el emotivismo, Hare sostiene que prescribir es algo muy distinto de causar un impacto emocional o de influir en las actitudes del oyente. Uno ha prescrito si le ha dicho a alguien que haga algo y esa persona le ha comprendido, no importa que la prescripción influya o no influya en su conducta. Por su parte, una diferencia entre los enunciados y las prescripciones es que expresar un acuerdo con un enunciado es expresar creencia en lo que el enunciado afirma, mientras que expresar acuerdo con una prescripción, aceptarla, es *expresar la resolución* o decisión de llevarla a cabo¹⁷.

Punto central de su concepción, Hare sostiene que los enunciados éticos generales son una variedad particular de las prescripciones, que además son *universales*.

Se nota aquí, desde luego, la influencia kantiana a través de la peculiar aplicación del principio de universalidad, que ya hemos visto (y que en última instancia no deja de ser una variante de la conocida *regla de oro ética*: “no hagas a los demás lo que no quieres que te hagan a ti”).

¹⁶ NAKHNIKIAN, George: *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, Centro Editor de América Latina, 1968, pág. 45.

¹⁷ BRANDT, Richard B.: *Teoría Ética*, Alianza Universidad, 1982, pág. 263.

En consecuencia, la prescripción moral se dirige a todo el mundo, en todo momento y además, en cuanto también se dirige al propio hablante, es *reflexiva*.

Como lo ha señalado Victoria Camps, la prescriptividad y la universalidad son, a juicio de Hare, los dos requisitos no ya de la moralidad sino de la *lógica del lenguaje moral*. Hare pretende no arriesgar normas morales, sino tan sólo normas lógicas, cuando afirma la que será su tesis básica: el deber moral se distingue de otros deberes porque es universalizable; lógicamente, sería una incongruencia decir “A debe hacer X” y al mismo tiempo, “B (que se encuentra en circunstancias relevantemente similares a A) no debe hacer X”. En síntesis: la exigencia de universalidad implícita en la semántica de “debe” con significado moral me impide hacer un juicio sobre el prójimo, si no estoy dispuesto a asumirlo igualmente en el caso de salir yo perjudicado¹⁸

Por lo tanto, podemos desde ya extraer un corolario: puesto que la formulación de una prescripción reflexiva incluye su aceptación, un enunciado ético puede ser considerado a la vez como la formulación de un “mandato” o una “recomendación” universal y, al mismo tiempo, como el anuncio o la expresión de su aceptación para uno mismo.

Así vistas las cosas, la analogía que presentan en este aspecto las normas morales y las normas jurídicas es particularmente notable. Para el caso del legislador positivo, por ejemplo, parece obvio que la creación de una norma jurídica es implícitamente universalizable pues supone la aceptación para su creador. En realidad esta es casi la base misma del respeto al orden jurídico ya que no podríamos concebir la existencia de un contrato, v.gr., si no pensamos a su vez que los mismos contratantes van a proceder a aceptar y cumplir las mismas normas jurídicas que han creado en el instrumento contractual.

A su vez, la ley positiva, como la norma moral, posee generalidad, alcance general, lo cual es uno de los prerequisites de la universalidad misma.

¹⁸ CAMPS, Victoria: *La imaginación ética*, Ed. Ariel, 1991, pág. 46.

Resumiendo, podríamos resumir la postura prescriptivista de Hare sosteniendo que un enunciado ético es sencillamente la formulación de una prescripción universal y, en cuanto tal, la expresión de una preferencia o deseo universal y, en cuanto tal, la expresión de una preferencia o deseo universal y el anuncio de una resolución de actuar de acuerdo con su contenido¹⁹.

Probablemente pueda considerarse que el prescriptivismo supone una foma de avance respecto del utilitarismo, que reduce la moralidad en ese vago y neutral bien de todos, para hacerlo avanzar en aras de un principio (la universalidad) que objetivice las obligaciones morales, que transforma en prescripciones, y no las confunda con los simples enunciados meramente descriptivos. La universalidad es una idea semejante a la del imperativo categórico kantiano²⁰, una especie de principio supremo de la ética, tal como vimos al comienzo de este trabajo.

Como puede verse, siempre queda en pie el intento de distinguir adecuadamente lo que sea una obligación moral de cualquier otro tipo de descripción y –en lo que concierne a nuestra investigación–, la diferencia, siempre presente en la intención de la mayor parte de los autores, entre Derecho y moral.

El emotivismo ha sido catalogado por Nakhnikian como una teoría no cognoscitiva: la lógica del razonamiento moral es *sui generis*. El pasaje de lo fáctico a lo ético no es deductivo ni inductivo por lo que, en general se rechaza la idea de que partiendo de premisas puramente fácticas, sean ellas científicas o metafísicas, es posible llegar a conclusiones éticas. Ello presupone, desde luego, que en el campo de la ética es imposible un conocimiento similar al que pueda existir en el terreno de las ciencias empíricas, en donde existen enunciados verdaderos o falsos. En otras palabras: los enunciados éticos no son verdaderos ni falsos.

La teoría presupone, por otra parte, que el lenguaje cumple diversas *funciones*, una de las cuales (función emotiva o expresiva) se presenta cuando el lenguaje se utiliza para expresar emociones o

¹⁹ BRANDT, Richard B., ob. cit, pág. 266.

²⁰ MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús I.: *La teoría de la justicia en John Rawls*, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pág. 4.

sentimientos, o para generarlos. Las expresiones éticas presentan centralmente esta última característica.

Brandt ha enseñado que la teoría emotivista consta de los siguientes postulados:

- A) *Las personas poseen actitudes que a menudo colisionan.* Afirmar que alguien posee una actitud hacia algo es afirmar que está a favor o en contra de ello, o que lo desea y lo busca, o lo detesta y lo evita, o que está interesado emocionalmente en ello, o cosas semejantes. De este modo, las personas poseen actitudes con relación a las cosas que los rodean. Por otra parte, dichas actitudes pueden ser favorables o desfavorables, es decir, a favor o en contra. Brandt señala que las diversas actitudes de un mismo individuo pueden colisionar entre sí y cuando ello ocurre, es posible que se paralice la acción y se efectúe una deliberación; en ese caso, habrá cuestionamiento ético y deliberación ética²¹.
- B) *Poseer una convicción u opinión éticas es poseer una actitud.* Así, poseer una “opinión” o una “convicción” éticas acerca de algo (por ej., a efectos de que sea deseable) es, primordialmente, poseer una actitud hacia ella; y poseer una “convicción” del tipo que normalmente expresamos mediante términos tales como “reprensible” y “deber” es, principalmente, poseer una actitud de un tipo específicamente moral.
- C) *Las sentencias éticas causan un efecto magnético en las actitudes.* Así, por ejemplo, la expresión “esto es bueno” atraerá de forma magnética la actitud favorable de un oyente con relación a lo que sea designado por el sujeto de tal predicación. Del mismo modo, afirmar “esto es malo”, repelerá de forma magnética las actitudes favorables con relación a lo que sea designado con el sujeto. Las palabras éticas, al decir de Clark Hull, han

²¹ BRANDT, Richard B., ob. cit., pág. 246.

adquirido la propiedad de ser “reforzadores secundarios” de la conducta²².

- D) *Las expresiones éticas expresan las actitudes del hablante y, en consecuencia, producen emociones.* Este postulado se refiere a que las expresiones éticas expresan las actitudes de los hablantes y como resultado producen cambios en las actitudes de los oyentes.
- E) *Apoyar un enunciado ético mediante una “razón” es mencionar un hecho que influirá en la correspondiente actitud.* El razonamiento ético consiste básicamente, en dirigir la atención hacia hechos, el conocimiento de los cuales por parte de los oyentes influirá (o se espera que así ocurra) para que su actitudes se muevan en la dirección que el hablante desea. Las actitudes mantienen relaciones causales entre sí. Según esta teoría, el que una razón determinada sea relevante para un tema determinado depende de las actitudes de los contendientes. Una razón puede ser relevante con relación a una persona y no serlo con relación a otra. De hecho, sin embargo, determinados tipos de razón son casi universalmente eficaces. La mayoría de la gente posee determinadas actitudes: la mayoría posee algún espíritu cívico, ama a sus hijos, les desagrada ser la causa de la desgracia ajena, no desea mentir y cosas semejantes. En consecuencia, el razonamiento a menudo resolverá los desacuerdos éticos. Pero el que el razonamiento, cuando se prolonga indefinidamente, pudiera resolver todos los desacuerdos éticos es algo que la teoría emotivista no indica²³.
- F) *El uso de sentencias éticas en auto-exhortación es paralelo a la persuasión interpersonal; el “razonamiento” personal en ética es semejante a la discusión interpersonal.* Si razonamos o deliberamos, lo que estamos haciendo es analizar los hechos u

²² BRANDT, Richard B., ob. cit., pág. 247.

²³ Aut. y ob. cit., pág. 250, passim.

observando conexiones, con la esperanza de que saldrá algo a la luz que nos permitirá tomar una decisión o apoyar del todo alguna cosa. Pensamos, o repasamos los hechos, a fin de lograr armonía entre nuestras propias actitudes.

- G) *Las sentencias éticas no enuncian hechos, aunque en algunos contextos proporcionen información; o puede que enuncien hechos, pero el que lo hagan es sólo de importancia secundaria.* Los enunciados éticos no enuncian hechos en absoluto, su única fuerza en la comunicación es magnética y expresiva. Una importante consecuencia que podemos extraer de lo antedicho, es que en cierto modo, los enunciados éticos no son ni verdaderos ni falsos, salvo que refiramos los términos “verdad” o “falsedad” al hecho que estemos de acuerdo o en desacuerdo con ellos, expresando así nuestras propias actitudes.

La ética, así, no resulta en absoluto una ciencia empírica: las “convicciones éticas” constituyen, esencialmente, la posesión de actitudes.

Una revisión del emotivismo nos recuerda la posición nominalista de Moore (nominalismo que parece ser común a toda la analítica) para quien el término “bueno” es indefinible, una noción “inanalizable”. En realidad, para Moore el predicado peculiar, con referencia al que la esfera de la ética debe definirse, es simple, inanalizable e indefinible; por ello todas las teorías que ofrecen una respuesta a la pregunta ¿que es bueno en sí?, son teorías acerca del fin o ideal que cometen la denominada “falacia naturalista”²⁴. Ya volveremos sobre este punto.

Ahora bien, aclaradas las características centrales del emotivismo, debemos referirnos aquí a dos seguidores de esta teoría, un filósofo lógico y un jurista: A. J. Ayer y Alf Ross, respectivamente.

²⁴ MOORE, George Edgard: *Principia Ethica*, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, págs. 15 y 35.

Para Ayer, los conceptos éticos no son genuinos en absoluto, son “seudoconceptos”, puesto que no nombran cualidad o relación alguna, ni empírica ni lógica²⁵. Ello así, los conceptos y enunciados que funcionan normativamente son puramente “emotivos”, puesto que no pueden verificarse empíricamente ni certificarse lógicamente. Palabras como “bueno”, “malo”, “deber”, “lindo”, “digno” son lo mismo que sonrojarse o bostezar. Si digo a alguien: “Ud. Ha hecho mal en robar ese dinero” no afirmo nada más que cuando digo simplemente “Ud. robó ese dinero”. Al agregar que esta acción es mala no hago ninguna afirmación nueva sobre ella... Si generalizo ahora mi afirmación anterior y digo robar dinero es malo, formulo un enunciado que no tiene ningún significado fáctico, es decir, no expresa ninguna proposición que pueda ser verdadera o falsa. Es como si hubiera escrito: “¡Robar dinero!, donde la forma y el espesor del signo de exclamación muestran, mediante una convención adecuada, que el sentimiento que se expresa es una clase especial de desaprobación moral²⁶.

Como puede notarse, se comprueba aquí la coincidencia entre las posturas emotivistas y las afirmaciones de Moore, en el sentido de la imposibilidad de definir términos claramente éticos como “bueno”.

En el discurso ético habitual, las palabras éticas se usan en función normativa, no descriptiva. Si queremos hacer un análisis fiel del uso ético efectivo tenemos que dar cuenta de la peculiar fuerza incitativa de las palabras éticas, y la teoría emotivista lo hace sin invocar propiedades no naturales, lógicamente inadmisibles, o sin intentar definir las palabras normativas en términos descriptivos. Esto último también es lógicamente inadmisibile porque lo normativo y lo descriptivo son excluyentes, es decir, un *definiendum* normativo jamás puede ser definido mediante

²⁵ Precisamente, Ayer utiliza el término “inanalizable” que había sido ya empleado, como hemos visto, por Moore: Ayer dice textualmente que los conceptos éticos fundamentales son inanalizables, y que la razón por la cual tienen esta característica “*consiste en que son simples seudo-conceptos*”. Ayer, A.J.: *Lenguaje, verdad y lógica*, Ed. Martínez Roca S.A., 1971, pág. 124.

²⁶ Cit. Por NAKHNIKIAN, George: *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, Centro Editor de América Latina, 1968, pág. 26.

definiencia no normativos. El error lógico cometido aquí es análogo al error de derivar (inductiva o deductivamente) una conclusión normativa de premisas entre las cuales no hay ninguna normativa²⁷: se produce una falacia naturalista.

En Ayer, la analítica se muestra de un modo explícito. Lo aclara en el prólogo a su obra “Lenguaje, verdad y lógica”: “*Los puntos de vista que se formulan en este tratado proceden de las doctrinas de Bertrand Russell y de Wittgenstein que son, a su vez, el resultado del empirismo de Berkeley y de David Hume*”²⁸. Partiendo de un prejuicio común a la analítica, que es el de la negación de todo conocimiento metafísico, nuestro autor supone que “es elegante hablar de los metafísicos como de una clase de poetas desplazados”. Cita aquí el conocido pensamiento de Hume, quien en su *Tratado sobre el entendimiento humano*, sostenía: “Si tenemos en nuestra mano un volumen de la divinidad, o de la escuela metafísica, por ejemplo, preguntémosnos: ¿Contiene algún razonamiento experimental relativo a la realidad y a la existencia? No. Arrojadlo, entonces, a las llamas, porque no contiene más que falacia y engaño”. Para Ayer, este pensamiento no es más que una versión retórica de su propia tesis. En su empirismo más crudo, llega a sostener que la filosofía es un departamento de la lógica²⁹. Como empiristas, según Ayer, debemos evitar a toda costa la metafísica, sobre la base de que toda proposición factual debe referirse a la experiencia sensorial³⁰.

En fin, esto lo lleva a sostener que las proposiciones éticas (que como hemos visto más arriba son pseudo-conceptos) no pueden ser verdaderas ni falsas, siendo su función, simplemente, la de expresar ciertos sentimientos morales. *La función de la palabra ética es puramente “emotiva”*³¹. En todo caso, los juicios éticos no poseen validez objetiva de ninguna clase y por ello mismo, no tiene sentido preguntar si un determinado sistema es verdadero. Todo lo que

²⁷ NAKHNIKIAN, George: ob. cit., pág. 27.

²⁸ Ayer, A.J.: ob. cit., pág. 35.

²⁹ Aut. y ob. cit., pág. 65.

³⁰ Aut. y ob. cit., pág. 82.

³¹ Aut. y ob. cit., pág. 125.

puede preguntarse legítimamente en relación con esto, es: ¿Cuáles son los hábitos morales de una persona o de un grupo de gentes dadas, y qué es lo que les induce a tener, precisamente, esos hábitos y esos sentimientos? Pero esta pregunta no es propia de la lógica, sino que cae enteramente dentro del objetivo de las ciencias sociales existentes. Es decir, la ética es simplemente una rama del conocimiento de la psicología o la sociología³².

La ética pues, queda reducida a algo puramente emotivo, al sentimiento. Pero si trasladamos la teoría al campo del Derecho y sólo lo empírico posee validez, las premisas jurídicas serán proposiciones empíricas sujetas a las reglas de la lógica formal. Nakhnikian ha demostrado que la teoría ética del positivismo lógico implica que la ética normativa no puede ser una disciplina teorética. Por lo tanto, no puede surgir cuestión alguna acerca de la relación entre la ética normativa y la jurisprudencia ética. ¿Cuáles son los ideales a los que debemos adecuar el orden jurídico? Tomada como pregunta normativa, ésta es realmente una seudopregunta. Gramaticalmente es un requerimiento de información. Semióticamente es una incitación, un estímulo que normalmente producirá respuestas, que incluirán expresiones normativas. Pero, de acuerdo con la teoría, éstas son equiparables a las exclamaciones involuntarias. No hay aquí posibilidad alguna de una discusión racional sobre los méritos de un mandamiento ético en comparación con otro. Si creemos que la filosofía ética consiste simplemente en decir que los conceptos éticos son pseudo-conceptos, tenemos que concluir que la jurisprudencia ética consiste simplemente en decir que los problemas que ella formula son seudoproblemas³³.

Pero la pregunta queda sin contestar. Es decir, ¿puede sintetizarse la importante cuestión acerca del ideal al que debemos ajustar un orden jurídico, ni más ni menos, en la circunstancia de decir que eso es un seudoproblema? Semejante reduccionismo es fatal para la filosofía del derecho.

³² Aut. y ob. cit., pág. 131.

³³ NAKHNIKIAN, George: *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, Centro Editor de América Latina, 1968, pág. 31.

Se ve aquí que esta tendencia no es más que una consecuencia de negar todo tipo de entidad al término “bueno” o incluso al término “malo”. En consecuencia, actos objetivamente malos (el homicidio, pongamos por caso) sólo se transforman en “malos” porque el legislador positivo los ha sancionado penalmente; de lo contrario, serían jurídicamente “neutros” (¿?): no habría *mala in se*, sino tan sólo *mala prohibita*, como sostendrá ridículamente Kelsen en su Teoría Pura, como veremos más adelante. Pero la ilicitud del homicidio no se deriva del hecho de su sanción penal solamente, puesto que hay algo previo: el legislador positivo sanciona al homicidio como delito no sólo porque ello constituye una falta moral grave, sino porque no habría vida en sociedad posible si se permitiera que nos matáramos unos a otros. Ejemplos así demuestran lo absurdo de las posturas analíticas o las del positivismo lógico, transplantadas al campo de la ética.

El ejemplo más patético de las consecuencias ocasionadas por el emotivismo al campo del derecho, lo podemos ver en las concepciones desarrolladas por uno de los más importantes positivistas: Alf Ross, de quien también nos ocuparemos en su momento. Este autor ha venido a sostener, en su obra: “*Sobre el derecho y la justicia*”, que “*afirmar que una norma es injusta, no es más que la expresión emocional de una reacción desfavorable frente a ella. La declaración de que una norma es injusta no contiene ninguna característica real, ninguna referencia a algún criterio, ninguna argumentación. La ideología de la justicia no tiene, pues, cabida en un examen racional del valor de las normas*”³⁴.

Pero ello no es más que un resultado de haber sostenido, previamente, que “*invocar la justicia es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto (...)*Sus palabras constituyen persuasión, no argumento. La ideología de la justicia conduce a la intolerancia y al conflicto, puesto que por un lado incita a la creencia de que la demanda propia no es la mera expresión de un cierto interés en conflicto con intereses opuestos, sino que posee una validez

³⁴ Ross, Alf: *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, 1974, pág. 273.

*superior, de carácter absoluto; y por otro lado excluye todo argumento y discusión racionales con miras a un compromiso. La ideología de la justicia es una actitud militante de tipo biológico-emocional, a la cual uno mismo se incita para la defensa ciega e implacable de ciertos intereses*³⁵.

Estamos aquí pues, frente al más descarnado positivismo, negador de toda relación entre Derecho y moral. Esta última no sólo queda reducida a un mero impulso emotivo que no deja trasuntar ningún tipo de sustancialidad (con afirmaciones del tipo: lo “bueno” es indefinible; lo “real” es tan sólo una mera cuestión lingüística) sino que se excluye absolutamente de la “ciencia” del Derecho todo lo que tenga que ver con la valoración ya que ello implicaría hacer metafísica. Por supuesto, en una concepción semejante, los términos universales son solamente una palabra: nos encontramos frente a una nueva forma de nominalismo.

De todas maneras, la postura emotivista ha tenido muchos seguidores entre las filas de la filosofía analítica. Al ya nombrado Ayer, podemos agregar a Stevenson, para quien en los contextos típicos de la ética normativa, los términos éticos tienen una función que es, a la vez, emotiva y descriptiva³⁶, conclusión ésta a la que parecen adherir también Ogden y Richards en su clásica obra *El significado del significado*³⁷, quienes, junto con Moore aseguran que el uso ético peculiar de un término como “bueno” es un uso puramente emotivo³⁸.

Pero obviamente, el término “bueno” es *el término* ético, lo mismo que el término “justicia” es el más apropiado al Derecho. Con lo cual, esta peculiar forma de nominalismo en que consiste la analítica, reduce la ética y el Derecho a un mero juego de sensaciones subjetivas. La solución al problema, salta a la vista: utilizar un lenguaje totalmente simbolizado, propio más bien de la

³⁵ Aut. y ob. cit., pág. 267.

³⁶ STEVENSON, Ch. L.: *Ética y Lenguaje*, Ed. Paidós, 1984, pág. 86.

³⁷ OGDEN, C.K. y RICHARDS, I.A.: *El significado del significado*, Ed. Paidós, 1954, pág. 165 y ss.

³⁸ Auts. y ob. cit., pág. 143.

lógica formal: debe hacerse ciencia del Derecho. Todo lo demás es poesía o es metafísica.

Y esto nos introduce, sencillamente, en la tipología adoptada por Bobbio, quien explica agudamente los distintos estadios del positivismo, a los que denomina positivismo metodológico o conceptual, positivismo como teoría y positivismo ideológico, respectivamente. Estas distintas formas de positivismo influyen en lo que resulta nuestro caso más interesante: el positivismo jurídico³⁹.

En efecto, en cuanto a lo que denominaremos positivismo metodológico, cabe señalar que aquí se asume directamente el método científico, que resulta ser completamente neutral y avalorativo. Se excluyen aquí, por ende, los juicios de valor: el jurista –si trasladamos estos principios al Derecho- ha de limitarse a describir o a prescribir, olvidándose, claro está, que si se prescribe algo es porque se lo prefiere, y que si se *prefiere* se *valora*. Un ejemplo de esta postura, propia del positivismo teórico, la tenemos en juristas como Austin o Kelsen. Este último lleva la posición a sus términos extremos: en su *Teoría Pura del Derecho* pretende despojar al Derecho, precisamente, de todo aquello que pueda contaminarlo: política, religión, moral, sociología...El intento de Kelsen, sin embargo, como veremos más adelante, choca con la realidad puesto que el jurista opta permanentemente, prefiere una solución a otra y no reduce su actividad a la de ser un mero mecanismo. Si así fuera, nos bastaría con encerrar a todo el Derecho en un ordenador y aguardar, una vez que hemos introducido todas las coordenadas, a que el sistema nos suministre la solución correcta.

El mismo sentido de algunas palabras, como *corrección*, *justicia* u *ordenamiento* nos habla a las claras de que el intento del positivismo jurídico como teoría lleva al más absoluto de los fracasos. El Derecho, para este punto de vista, es un conjunto de hechos, de fenómenos o de datos sociales totalmente idénticos a los del mundo natural. Por ende, el jurista deberá estudiar dichos datos de la misma manera en la que el científico estudia la realidad

³⁹ BOBBIO, Norberto: *El positivismo jurídico*, Ed. Debate, 1993.

natural, o sea, absteniéndose totalmente de formular juicios de valor. Como lo describe Bobbio, en el lenguaje iuspositivista el término “Derecho” carece de toda connotación valorativa: el Derecho es Derecho prescindiendo de que sea buena o malo, de que sea un valor o un disvalor⁴⁰.

Para esta postura, como hemos visto, carecería de sentido preguntarse respecto de una conexión entre moral y Derecho.

Sin embargo, del positivismo jurídico metodológico, surge una consecuencia, como una especie de ramificación ineludible: el positivismo como teoría. En este plano, toda forma de positivismo jurídico posee ciertas características que lo hacen fácilmente distinguible. Así, en primer lugar se define siempre al Derecho en función de la coacción. Pero hacerlo, plantea una situación en lo referente a nuestro tema de estudio ya que, si lo que caracteriza al Derecho (o lo define) es su naturaleza coactiva, la moral estará totalmente separada puesto que, tal como hemos visto, desde Kant se ha insistido en que ella carece de alguna forma de sanción positiva.

En segundo lugar, toda forma de positivismo jurídico comporta una teoría de las fuentes del Derecho, en donde la principal de ellas es, sin duda, la ley. Priman aquí los análisis puramente formalistas: el Derecho es tan sólo una orden –*mandato*- respaldada por una amenaza (imperativismo austiniiano), o un conjunto de *normas* coactivas (Kelsen) o simplemente un conjunto de *normas* primarias y secundarias (Hart). Por ese mismo motivo, en tercer término tenemos que existe aquí siempre una teoría de la norma jurídica.

Pero esto nos conduce rápidamente a la cuarta característica, debido a que la norma jurídica ha de estudiarse dentro del conjunto de normas que se denomina ordenamiento jurídico. Aquí surgen dos dogmas pertenecientes al centro mismo del positivismo jurídico: el de la *coherencia* y el de la *plenitud*. En base al primero, no se concibe que existan normas jurídicas contradictorias. La segunda refiere al hecho de que el ordenamiento jurídico es pleno, cerrado, hermético, auto-suficiente:- no existen lagunas en el derecho.

⁴⁰ Aut. y ob. cit., pág. 141.

En quinto término, nos encontramos frente al problema de la interpretación. Aquí, el positivismo jurídico concibe la actividad de la jurisprudencia no como algo destinado a *producir*, sino a *reproducir* el Derecho, esto es, a hacer explícito con medios puramente lógico-rationales el contenido de unas normas jurídicas dadas. Para Bobbio, el positivismo jurídico considera que la tarea de la jurisprudencia no es la *creación* sino la *interpretación* del Derecho⁴¹.

Por último, toda forma de positivismo jurídico remata en una teoría respecto de la obediencia al derecho, en donde se explican las razones que se tienen para adoptar tal conducta positiva hacia la norma jurídica. En este aspecto, el análisis de Bobbio resulta acertado: basta leer a Austin, o a Hart, a Dworkin o a Raz, para advertir que todos estos juristas han dedicado aspectos de su obra intentando dar alguna explicación a la cuestión referida a la obediencia al Derecho.

En un análisis crítico del positivismo jurídico, Bobbio también alude a lo que denomina el “*positivismo ideológico*”. Aquí ocurre algo curioso. El proyecto del positivismo, tal como vimos, era el de adoptar una postura neutral frente al Derecho, para estudiarlo tal como es y no como debería ser: es decir, la pretensión de ser una teoría y no una ideología. Puede decirse que el positivismo no ha llegado a ser completamente fiel a su propósito porque en realidad no sólo es una determinada forma de entender el Derecho (de considerar sus caracteres constitutivos), sino que contiene una determinada pretensión sobre cómo debe ser el Derecho; no sería, pues, sólo una teoría sino también una ideología⁴². Cabe preguntarnos ahora, ¿en qué podría consistir esa ideología? Bobbio cree que consiste en admitir *el deber absoluto o incondicionado de obedecer a la ley en cuanto tal*. Es evidente, continuaba sosteniendo nuestro autor, que con una afirmación semejante no estamos ya en el plano teórico sino en el ideológico, porque este problema no forma parte de la definición (cognoscitiva) del Derecho, sino en la determinación (valorativa) de nuestros deberes

⁴¹ BOBBIO, Norberto, ob. cit., pág. 216.

⁴² Aut. y ob. cit., pág. 227.

respecto a él; ya no estamos ante una doctrina científica, sino ante una doctrina ética del Derecho. Por ello, Bobbio proponía denominar *positivismo ético* a la ideología iuspositivista⁴³.

Como podemos ver, el problema de la obediencia al Derecho posee, ciertamente, un trasfondo de hondo contenido ético. También aquí nos encontramos en el centro del problema de las relaciones entre Derecho y moral. En efecto, tal como hacía notar agudamente Bobbio, la obediencia absoluta o incondicional a la ley significa una cosa más para la ideología iuspositivista: significa que la obligación de obedecer a la ley no es sólo una *obligación jurídica*, sino también una *obligación moral*. De esta forma, el hombre debe obedecer la ley no sólo por motivos externos sino también por motivos internos, es decir, no sólo porque se ve forzado a ello, sino porque está convencido de que dicha obediencia es una cosa intrínsecamente buena: *obediencia no por constricción sino por convicción*. Podemos decir que dicho deber no es sentido como una obligación heterónoma, sino como una obligación autónoma porque la ley se transforma en norma moral, de cuya observancia soy responsable ante mí mismo, ante mi conciencia: de ello deriva el *deber de conciencia* de obedecer a las leyes⁴⁴.

Sin embargo, el primero que se plantea el deber de obediencia a la ley como una verdadera obligación de alto contenido ético, es Platón en *El Critón*. En ese diálogo magistral, Sócrates responde a los requerimientos de Critón, quien le pide que desobedezca la sentencia injusta que había recaído en su contra. Aparece aquí el problema de la justicia (y por ende, la cuestión moral) en el pensamiento socrático de hondo contenido ético: *no puede responderse a una injusticia con otra injusticia*. Luego, Las Leyes invocan razones políticas en pro de la obediencia: la misma tiene fundamento en el pacto, en el contrato ideal que uno suscribe al formar parte de la sociedad en la que vive.

La raíz de esta visión contractualista del problema de la obediencia es, pues, platónica. El giro impuesto posteriormente por

⁴³ Aut. y ob. cit., pág. 229.

⁴⁴ Aut. y ob. cit., pág. 230.

las concepciones de Hobbes, principalmente, y luego por Rousseau, sacarán totalmente de centro al planteo que efectuara Platón acerca del problema del acatamiento al poder político.

El positivismo jurídico ha comenzado a florecer.