

BRUNO CELANO

**EL GOBIERNO DE LAS LEYES**  
**Ensayos sobre el *Rule of Law***

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

# ÍNDICE

	Pág.
<b>PREFACIO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO 1. POSITIVISMO JURÍDICO NORMATIVO, NEUTRALIDAD Y <i>RULE OF LAW</i></b> .....	15
1. INTRODUCCIÓN .....	15
2. POSITIVISMO JURÍDICO NORMATIVO .....	16
3. EL <i>RULE OF LAW</i> .....	23
4. NEUTRALIDAD (I): ESTABILIDAD DE EXPECTATIVAS MUTUAS .....	24
5. <i>RULE OF LAW</i> DE LA ILUSTRACIÓN .....	30
6. NEUTRALIDAD (II): LA INHERENTE NEUTRALIDAD DE LAS PRESCRIPCIONES .....	34
7. CONCLUSIÓN .....	43
BIBLIOGRAFÍA .....	45
<b>CAPÍTULO 2. LA PUBLICIDAD Y EL <i>RULE OF LAW</i></b> .....	49
1. INTRODUCCIÓN .....	49
2. ENTENDIENDO LA PREGUNTA .....	50
3. EL VALOR INSTRUMENTAL DE LA PUBLICIDAD .....	52
4. PUBLICIDAD Y DIGNIDAD HUMANA .....	53
5. LA PUBLICIDAD COMO CONOCIMIENTO COMÚN .....	56

	Pág.
6. EL CONOCIMIENTO COMÚN COMO UNA PRECONDICIÓN PARA LA CERTEZA .....	59
7. EL <i>RULE OF LAW</i> COMO EL <i>RULE OF LEGISLATION</i> .....	61
8. EL PROYECTO DE LA ILUSTRACIÓN .....	65
9. ¿PUBLICIDAD PARA FUNCIONARIOS? .....	68
BIBLIOGRAFÍA.....	70
<b>CAPÍTULO 3. EL DERECHO COMO PODER: DOS REQUERIMIENTOS DEL <i>RULE OF LAW</i></b> .....	<b>73</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	73
2. EL PODER SOCIAL A TRAVÉS DE LA LENTE DEL <i>RULE OF LAW</i> . .....	74
3. EL PODER DEL <i>RULE OF LAW</i> : UNA CARACTERIZACIÓN PRELIMINAR.....	76
4. DOS REQUERIMIENTOS DEL <i>RULE OF LAW</i> .....	78
4.1. Consistencia .....	83
4.2. Susceptibilidad de cumplimiento (la tecnología de la culpa) .....	88
5. COMENTARIOS .....	92
6. EL PODER DEL <i>RULE OF LAW</i> : ALGUNAS CARACTERÍSTICAS CENTRALES.....	93
BIBLIOGRAFÍA.....	98
<b>CAPÍTULO 4. <i>RULE OF LAW</i> Y PARTICULARISMO ÉTICO</b> .....	<b>101</b>
1. INTRODUCCIÓN .....	101
2. <i>RULE OF LAW</i> .....	101
3. PARTICULARISMO ÉTICO .....	103
4. EL PROBLEMA .....	106
5. REFORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....	107
6. MODELO DE LA PONDERACIÓN Y REGLAS .....	108
7. POR QUÉ <i>RULE OF LAW</i> Y PARTICULARISMO ÉTICO SON COMPATIBLES (I): EFICIENCIA DECISORIA, RACIONALIDAD LIMITADA, <i>BIAS</i> .....	112
8. LA CONFORMIDAD DE LAS RAZONES .....	115
9. POR QUÉ <i>RULE OF LAW</i> Y PARTICULARISMO ÉTICO SON COMPATIBLES (II): LA NO TRASCENDIBILIDAD DEL PODER DECISORIO .....	117
10. POR QUÉ <i>RULE OF LAW</i> Y PARTICULARISMO ÉTICO SON COMPATIBLES (III): PREVISIBILIDAD DE LA DECISIÓN .....	127

	Pág.
11. POSITIVISMO NORMATIVO INCLUYENTE .....	129
12. CONCLUSIÓN.....	133
BIBLIOGRAFÍA.....	134
<b>APÉNDICE. ESTADO DE DERECHO.....</b>	<b>139</b>
1. CONSTITUCIONALISMO .....	140
1.1. El principio fundamental: <i>nomos basileus</i> .....	140
1.2. Gobierno de las leyes vs. gobierno de los hombres .....	140
1.3. El constitucionalismo de los derechos .....	151
2. EL ESTADO DE DERECHO .....	160
2.1. Sus dos acepciones principales .....	160
2.2. Gobierno <i>per leges</i> .....	163
2.3. El Estado de derecho europeo-continental del siglo XIX .....	165
2.4. Del Estado de derecho del siglo XIX al Estado constitucional de derecho .....	169
BIBLIOGRAFÍA.....	171

## PREFACIO

En este volumen, se encuentran recopilados los ensayos sobre el *Rule of Law* que he escrito entre el 2010 y el 2014, más —en el *Apéndice*— un escrito de corte didáctico, o en todo caso divulgativo, originalmente destinado a un manual universitario de filosofía del derecho. Estos son los datos de las publicaciones originales:

1) «Positivismo jurídico normativo, neutralidad y Estado de derecho», en J. FERRER BELTRÁN, J. J. MORESO MATEOS y D. M. PAPAYANNIS (eds.), *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2012: 243-278. Este artículo fue presentado en el *I Congreso Internacional de Filosofía y Derecho: Neutralidad y Teoría del Derecho* (Girona, 20-22 de mayo de 2010). El original, en inglés, fue publicado en su versión inglesa en las actas del congreso: *Normative Legal Positivism, Neutrality and the Rule of Law*, en J. FERRER BELTRÁN, J. J. MORESO MATEOS y D. M. PAPAYANNIS (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Dordrecht: Springer, 2013: 175-202.

2) «Publicity and the Rule of Law», en L. GREEN y B. LEITER (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, vol. 2, Oxford: Oxford University Press, 2013: 122-147, traducido aquí con licencia de Oxford University Press (obtenida a través de PLSclear). (A pesar de que tengan el mismo título, este escrito es muy diferente de mi «Publicidad y Rule of Law», en J. L. GUZMÁN DALBORA (coord.), L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, E. GARZÓN VALDÉS, C. M. GROSSMAN y E. R. ZAFFARONI (eds.), *Nos ad Justitiam esse natos. Libro de Homenaje a la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso en el Centenario de su Fundación (1911-2011)*, vol. II, Valparaíso: Edeval, 2011, t. II: 1153-1174).

3) «Law as Power: Two Rule of Law Requirements», en W. WALUCHOW y S. SCIARAFFA (eds.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Ox-

ford: Oxford University Press, 2013: 129-151, traducido aquí con licencia de Oxford University Press (obtenida a través de PLSclear).

4) «*Rule of Law* y particularismo ético», en P. LUQUE SÁNCHEZ (ed.), *Particularismo. Ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral*, Madrid: Marcial Pons, 2015: 151-186. El original, en italiano, ha sido publicado, con el título «*Rule of Law* e particularismo etico», en G. PINO y V. VILLA (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna: Il Mulino, 2016: 235-285.

5) (Apéndice) «Stato di diritto», en G. PINO, A. SCHIAVELLO y V. VILLA (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino: Giappichelli, 2013: 402-430.

Cada uno de estos ensayos constituye —en las intenciones, por supuesto— una unidad acabada, con una articulación precisa, una trama argumentativa que —en las intenciones, repito— conduce desde un punto bien determinado de partida, a través de una sucesión ordenada de pasos estrechamente conectados el uno con el otro, hasta un punto bien determinado de llegada (en gran medida, desgraciadamente, una aporía). Por este motivo, no he intentado eliminar las repeticiones. Me disculpo por esto con el lector, pero no habría sabido de qué modo hacerlo sin destruir la integridad de estos (pretendidos; queda por verse si en realidad se trata de un fraude) organismos discursivos.

Dos consideraciones acerca del sentido general de este proyecto.

1) Estos ensayos exploran los presupuestos y las implicaciones, conceptuales y normativas (ético-políticas), de un enfoque particular —demacrado, esquemático, austero, y bien poco ambicioso— del *Rule of Law*, de acuerdo con el cual el ideal del «gobierno de las leyes» se configura, para decirlo como J. Waldron, como una suerte de «lista de supermercado», que comprende un conjunto de requisitos formales (generalidad, irretroactividad, susceptibilidad de cumplimiento, consistencia, relativa estabilidad...) e institucionales —concepción reconducible, en última instancia, al análisis realizado por L. L. Fuller de las condiciones que deben ser satisfechas para que la empresa de «guiar el comportamiento humano mediante reglas» pueda en general tener éxito—. Resulta que, si no me equivoco, esta es la concepción del *Rule of Law* más difundida entre los teóricos del derecho anglófonos contemporáneos. Pero no es de ningún modo parte del trasfondo teórico de estos trabajos, ni en estos se sostiene, que esta concepción, en controversia con otras, menos demacradas y más ambiciosas, como, por ejemplo, la de R. Dworkin (concepción a veces calificada como «sustancial», en antítesis a la concepción «formal» adoptada aquí), capture aquello que el *Rule of Law de verdad es*, su naturaleza auténtica; o incluso solo que esta sea la mejor concepción posible, desde el punto de vista del bien de la humanidad. Obviamente, lo que me interesa, tanto desde el perfil conceptual como desde el perfil normativo y axiológico, son los fenómenos —la forma específica de poder— designados con esta etiqueta, en

el uso aquí adoptado, se llamen estos justamente «*Rule of Law*» o, digamos, «Gregorio». No hagamos de esta una cuestión de palabras.

Se trata, repito, de un interés más bien banal, expresión de una concepción del derecho un tanto ingenua (de educandos, casi), dirigido hacia fenómenos en definitiva triviales. El objetivo sería el de *demostrar* (aducir razones a favor o en contra de) obviedades: transformar asunciones y presupuestos tácitos, habitualmente dados por sentado, en *conclusiones* de argumentos (que el lector, por tanto, no espere conclusiones interesantes; lo bello debería estar en aquello que las precede).

Y esto nos lleva a la segunda consideración.

2) Estos ensayos —en las intenciones— ejemplifican e ilustran un modo particular de entender y practicar la investigación filosófica, cuyas características emergen a partir de la frase hegeliana, incluida en el *Prólogo* a la *Fenomenología del espíritu* según la cual «lo familiar [*das Bekannte*], precisamente por sernos familiar [*bekannt*], no es algo que conozcamos [*erkannt*]». Aquello a lo que estamos habituados, aquello que habitualmente damos por sentado, condiciona, y al menos determina en parte, nuestras ideas, nuestro modo de pensar, a menudo produciendo distorsiones o errores sistemáticos (*bias*) sin que haya, de nuestra parte, una consciencia adecuada, mucho menos una tematización explícita, del modo en el cual subrepticamente opera. La filosofía es el intento de *conocer* aquello que es ya familiar.

La misma idea ha sido formulada por D. Lewis en los siguientes términos. Aquello que los filósofos mayormente hacen es poner en duda las obviedades (*platitudes*), las banalidades. La mayor parte de las veces, sigue Lewis, las obviedades resisten el examen crítico por parte del filósofo, demostrando tener solidez y consistencia. Pero el filósofo, concluye Lewis, nos habrá prestado un servicio: nos habrá hecho «pensar dos veces» («*he has made them [scil. the adherents of the platitudes] think twice*», LEWIS, *Convention. A Philosophical Study*, Harvard: Harvard University Press, 1969: 1); esta expresión idiomática quiere decir, a grandes rasgos, «pensarlo bien», pero como veremos a continuación su significado literal —«pensarlo dos veces», precisamente— es directamente relevante para nuestros fines, nos habrá conducido a la reflexión acerca de las obviedades, las *platitudes*, que, inadvertidamente, moldean nuestro modo de ver las cosas.

Y aquí el término «reflexión» debe tomarse literalmente: piénsese al acto de observar la propia imagen reflejada en un espejo, por ejemplo mirarse al espejo para ver cómo están hechas las gafas que tenemos sobre la nariz, y a través de las cuales vemos las cosas. Gafas que generalmente no notamos: usualmente, vemos *a través* de las gafas, no vemos *las gafas*. Observando nuestra imagen reflejada, en cambio, podemos ver cómo están hechos estos instrumentos que condicionan, y en parte determinan, nuestra visión.

Fuera de la metáfora, la filosofía es reflexión (observación de nuestra imagen en el espejo) acerca de las categorías, las asunciones implícitas, los

esquemas de pensamiento —y esto quiere decir, también, los prejuicios, los estereotipos— que, sin nuestro conocimiento, o en todo caso sin que les prestemos mucha atención, influyen nuestro pensamiento.

En estos años, mis ideas sobre los temas que son objeto de estos ensayos no han cambiado. Debo, sin embargo, señalar tres motivos de insatisfacción.

En primer lugar, me he dado cuenta, hace algunos años, de que es posible (siguiendo a algunos teóricos de los dilemas morales) distinguir dos nociones de consistencia normativa, consistencia (normativa) *intrapersonal* y consistencia (normativa) *interpersonal* (esta última noción fue introducida y definida en CELANO, «Col senno di poi. Perplexità, elucubrazioni, ritrattazioni (poche, non molto importanti, tranne una) e repliche», en P. LUQUE SÁNCHEZ y M. MALDONADO MUÑOZ (eds.), *Discutendo con Bruno Celano*, Madrid: Marcial Pons, 2020: par. 5.4.3) y que la noción de consistencia normativa interpersonal es de importancia crucial para la teoría del derecho, y en particular a los fines de la comprensión de dos requisitos que (siguiendo la concepción aquí adoptada, naturalmente) son parte del ideal del *Rule of Law*: consistencia y susceptibilidad de cumplimiento de las normas jurídicas. Su falta de tratamiento en el tercer capítulo —dedicado, precisamente, a los requisitos de consistencia y susceptibilidad de cumplimiento— debe considerarse, por tanto, como una grave omisión.

Segundo, en el «Apéndice» no se menciona el rol desempeñado por los tribunales administrativos superiores en la formación del derecho administrativo en los Estados del derecho europeo-continental de los siglos XIX y XX. También esta es una grave omisión.

Finalmente, me arrepiento del hecho de que, cuando escribí estos ensayos, no había leído todavía el libro de Francisco LAPORTA, *El imperio de la ley: una visión actual* (Madrid: Trotta, 2007). Estos escritos se habrían beneficiado de esa lectura.

El libro está dedicado a mi padre, Alessio, un juez, *in memoriam*.

Palermo, mayo de 2020  
B. C.

# CAPÍTULO 1

## **POSITIVISMO JURÍDICO NORMATIVO, NEUTRALIDAD Y *RULE OF LAW*\***

### 1. INTRODUCCIÓN

Por lo general, en los debates entre teóricos del derecho, bajo el rótulo «neutralidad» se discute la tesis según la cual la teoría del derecho es (o al menos puede y debe ser) una investigación conceptual o descriptiva, es decir, no normativa o moralmente neutral. Por investigación conceptual o descriptiva se entiende un cuerpo teórico que no incluya, entre sus principios y conclusiones, afirmaciones normativas sustantivas o, más específicamente, afirmaciones morales o ético-políticas. A su vez, desde este punto de vista, el concepto de derecho, tal como es reconstruido a través del análisis conceptual, no es un concepto normativo o moralmente cargado, es decir, no se trata del concepto de cómo debe ser el derecho.

No sé si esta existencia, cuando no es entendida en modo trivial, puede ser satisfecha. De todos modos, tal como será discutida aquí, la neutralidad será entendida en un sentido completamente diferente, a saber, como un ideal ético

---

\* Versiones previas del trabajo original fueron presentadas en el Seminario di filosofía del diritto de la Università di Palermo, en el DI.GI.TA (actual Instituto Tarello para la Filosofía del Derecho) de la Università di Genova, y en la conferencia «Neutrality and Legal Theory» (Girona, España, 21-22 de mayo de 2010). Agradezco por sus comentarios y críticas a Federico Arena, Mauro Barberis, Clelia Bartoli, Marco Brigaglia, Pierluigi Chiassoni, Paolo Comanducci, Elena Consiglio, Isabel Fanlo Cortés, Riccardo Guastini, Giulio Itzcovich, Pau Luque Sánchez, Giorgio Maniaci, Realino Marra, José Luis Martí, José Juan Moreso, Nicola Muffato, Giorgio Pino, Francesca Poggi, Jahel Queralt, Cristina Redondo, Serena Romano, Aldo Schiavello, Isabel Trujillo y Francesco Viola.

Traducción original de Federico José Arena.

o ético-político. Y mi trabajo será un ensayo de teoría del derecho entendida como una investigación normativo-sustancial, acerca de la neutralidad como ideal ético-político que el derecho debe satisfacer.

Mi punto de partida es el positivismo jurídico normativo o la afirmación según la cual es algo bueno y deseable que las leyes posean fuentes sociales que sean fácilmente identificables, rápidamente accesibles y no controvertidas (2). Sostengo que el positivismo jurídico normativo se encuentra justificado sobre la base del valor —o ideal— de la neutralidad, tal como será entendido aquí. Dicho de otro modo, aquello que hay de deseable en las leyes que son tal como el positivismo jurídico normativo sostiene que deben ser es, en un sentido a especificar, su neutralidad.

Ahora bien, ¿cuál es el concepto de neutralidad relevante aquí? Y ¿por qué la neutralidad, así entendida, es un valor? Encontrar las respuestas a estas preguntas exige, como intentaré demostrar, tomar en consideración la idea de *Rule of Law*.

Por «*Rule of Law*» entiendo, siguiendo el uso actualmente más extendido entre los filósofos del derecho, un conjunto de características formales e institucionales que, en distintos grados, el derecho puede poseer (3). Estas características definen un ideal al que, tradicionalmente, el derecho debería ajustarse. El positivismo jurídico normativo, sostengo, se relaciona con la neutralidad a través del *Rule of Law*. Existen dos conexiones, una referida al *Rule of Law* en general, y la otra referida a una particular versión del *Rule of Law* que llamaré «*Rule of Law* de la Ilustración» (5). La primera conexión se produce a través de la estabilidad de las expectativas mutuas (4). La segunda conexión surge de lo que llamaré la «inherente neutralidad» de las prescripciones (6). Bajo ambos aspectos, como se verá, «la observancia del *Rule of Law* es necesaria si el derecho ha de respetar la dignidad humana» (RAZ, 1977: 221).

## 2. POSITIVISMO JURÍDICO NORMATIVO

Existen varias versiones disponibles —más o menos robustas— del positivismo jurídico normativo (de ahora en adelante, PJN). El PJN puede incluir un compromiso con la separación de poderes y la fidelidad a la constitución (SCARPELLI, 1965); o puede incluir un compromiso con la democracia (CAMPBELL, 1996; también los argumentos de J. WALDRON suelen apuntar en esta dirección, véase 2009: 689, 698 y 700). El modo en el que yo entenderé el PJN es mucho menos robusto, tanto que podría llamárselo esquelético (o PJN mínimo). Por «positivismo jurídico normativo» entiendo la tesis según la cual la separación del derecho y la moral, la separación de los fundamentos de los

enunciados jurídicos y de los juicios morales es algo positivo, algo valioso y cuya consecución debe ser alentada<sup>1</sup>.

Distinguiré dos versiones de PJN, una versión epistémica y una sustantiva. El PJN sustantivo afirma que «el contenido moral del derecho debería ser limitado» (MACCORMICK, 1985: 37). Existen razones morales válidas a favor de que el derecho reproduzca y haga cumplir solo una limitada porción del contenido de la moral —aun cuando cuál sea la porción de la moral relevante sea una cuestión altamente debatida—<sup>2</sup>. El PJN epistémico se refiere a la deseabilidad de la existencia de criterios —o test— de validez jurídica (*i.e.* criterios de membresía de normas a un sistema jurídico) que no sean morales y que, tanto como sea posible, sean trivialmente empíricos, no controvertidos y de fácil aplicación. El derecho, afirma el PJN epistémico, debe ser reconocible e identificable como tal, y su contenido capaz de ser determinado sobre la base de hechos o fuentes sociales (en lo posible fácilmente accesibles, rápidamente identificables y no controvertidos), independientes de la moral u otras consideraciones valorativas. En definitiva, en su versión epistémica, el PJN dice que es deseable que la existencia y el contenido del derecho puedan ser determinados «haciendo referencia a hechos sociales» —hechos sociales no controvertidos y fácilmente identificables— y «sin necesidad de recurrir a consideraciones morales» (RAZ, 1979: 53).

La tesis central del PJN epistémico se parece a la tesis raziana de las fuentes. Sin embargo, se distingue bajo dos aspectos. En primer lugar, la tesis del PJN es que es deseable que el derecho pueda ser identificado y su contenido determinado sobre la base de hechos sociales «no controvertidos, fácilmente identificables y disponibles». Esta cláusula no forma parte de la tesis de las fuentes de J. Raz. Segundo, y más importante, la tesis de las fuentes de Raz es una afirmación acerca de lo que es el derecho. Mientras que la tesis principal del PJN —que podríamos denominar «la tesis normativa de las fuentes»— es una tesis acerca de lo que el derecho debe ser. Esta tesis afirma que sería bueno, deseable, etc., que el derecho sea tal como la tesis de las fuentes de Raz afirma que es el derecho. De este modo, diría que cuando el derecho

---

<sup>1</sup> Se trata de una paráfrasis del modo en el que WALDRON define al PJN (2011: 411): «La tesis según la cual la separabilidad del derecho y la moral —la separabilidad de los fundamentos de las proposiciones jurídicas y de los fundamentos de las proposiciones morales—, es algo bueno y, quizá, también indispensable (desde un punto de vista moral, social o político), además de, ciertamente, ser algo que ha de ser apreciado y alentado». El rótulo es, en cierta medida, desafortunado, puesto que la expresión «positivismo jurídico normativo» ha sido usada, recientemente, para designar «la versión del positivismo jurídico que identifica el derecho con normas» (WALDRON, 2001: 411). Véase *ibid.*: 411-412, para una discusión sobre la cuestión terminológica y sobre las razones para preferir la expresión «positivismo jurídico normativo» en lugar de la frase «positivismo jurídico ético» (CAMPBELL, 1996).

<sup>2</sup> Según MACCORMICK (1985: 32), el derecho debería imponer solo deberes de justicia. En deferencia a la libertad de conciencia y en respeto a la autonomía de los agentes, el derecho debería abstenerse de intentar imponer deberes relativos a «cuestiones supererogatorias o de aspiración», nuestros deberes para con nosotros mismos y los deberes de afecto.

satisface las existencias centrales del PJN, entonces «satisface la tesis de las fuentes» (satisface «TF»). Esto debería entenderse como un término o expresión técnico.

En lo que sigue, me ocuparé solo de la versión epistémica del PJN (por lo que, salvo especificación, PJN designará esta posición). El PJN plantea algunas cuestiones. En lo que sigue me limitaré a enumerar algunas de ellas y dejaré la discusión detallada de cada una para otra ocasión.

1) ¿Es el PJN una posición de teoría del derecho (*jurisprudence*)? La teoría del derecho, suele sostenerse, es una investigación puramente conceptual, mientras que el PJN —o, más bien, el tipo de tarea teórica de la cual el PJN es resultado— no lo es. El PJN es un punto de vista normativo que descansa sobre bases morales. Es el resultado de una investigación normativa sustancial y, específicamente, moral.

Esto es cierto. Si bien las premisas de este argumento podrían quizá ser cuestionadas —algunos filósofos dudan que la distinción entre, por un lado, investigaciones puramente conceptuales y, por otro lado, teorías normativas o morales pueda ser sostenida de un modo tajante—, no me involucraré aquí en esta discusión. Que mi trabajo pueda ser denominado o no «teoría del derecho» no es relevante para mis propósitos actuales.

2) ¿Es el PJN efectivamente una forma de *positivismo*? El positivismo, suele sostenerse, afirma que el concepto de derecho puede y debe ser definido independientemente de toda asunción moral. Evidentemente, el PJN no satisface esta condición.

Sin embargo, podría responderse, el PJN, tal como ha sido definido, no pretende ofrecer una definición del concepto de derecho. Simplemente sostiene que sería una buena cosa que el derecho posea ciertas características (*i.e.*, que satisfaga la TF). Esta respuesta, sin embargo, prepara el escenario para una objeción adicional, más profunda.

3) El PJN presupone el análisis conceptual en sentido estricto y es, además, parasitario respecto de este. Es decir, incluso antes de poder afirmar que sería bueno (o, da igual aquí, malo) que el derecho satisfaga la TF, es necesario saber qué es el derecho o, dicho de otro modo, es necesario adquirir una adecuada comprensión del concepto de derecho. Y, se agrega, el positivismo es además una posición filosófico-jurídica. Así, el PJN no sería ni una posición filosófico-jurídica ni, *a fortiori*, una forma de positivismo. El PJN, en cambio, presupone un análisis o reconstrucción positivista del concepto de derecho.

Según algunos defensores del PJN, el concepto de derecho es en sí mismo normativo y posee un contenido moral. Estos filósofos dudan que el concepto de derecho pueda, en algún sentido interesante, ser definido independientemente de ciertos presupuestos morales. Para estas personas, el PJN es, efecti-

vamente, una posición filosófico-jurídica propiamente dicha, puesto que una investigación conceptual sobre el concepto de derecho no es, a fin de cuentas, una tarea libre de asunciones morales. Afirman además que el PJN es una variedad de positivismo (una vez que se define adecuadamente «positivismo», abandonando la asunción, considerada insostenible, según la cual el concepto de derecho debe ser definido independientemente de asunciones morales y que es esto lo que define al positivismo jurídico).

Yo no seguiré esta alternativa aquí. Que el concepto de derecho sea en sí mismo normativo, o posea contenido moral, no es parte del PJN, tal como aquí lo entiendo. Nada relacionado con mis propósitos actuales depende del uso de la etiqueta «positivismo». Si se desea quitar a la posición aquí presentada el rótulo «positivismo jurídico», no tengo problemas en hacerlo<sup>3</sup>. Nada en mi argumento requiere mantenerla.

4) Un problema surge con relación a los presupuestos del PJN. Según cuáles sean los presupuestos que atribuyamos al PJN podremos distinguir dos versiones ulteriores de PJN. Las llamaré, respectivamente, versión «panglosiana» y versión «de la contingencia».

Para que la tesis central del PJN pueda ser un principio político moral válido es condición necesaria que *a*) el derecho *pueda* satisfacer la TF. Si el derecho no puede satisfacer la TF, la pregunta acerca de si debería o no satisfacerla ni siquiera podría formularse. Pero ¿qué hay acerca de la segunda condición *b*) que ha de ser también posible que el derecho *pueda no* satisfacer la TF?

Quizá sea una cuestión de hecho —o quizá sea una necesidad conceptual— que el derecho, como tal, satisface la TF y además que sea bueno o deseable, algo que ha de ser bienvenido, que lo haga<sup>4</sup>. En este caso, el derecho afortunadamente sería, bajo este aspecto, tal como debe ser. Esta es la versión panglosiana del PJN según la cual afortunadamente vivimos en el mejor de todos los mundos jurídicos posibles (al menos con relación a ciertos aspectos).

Pero ¿queremos realmente suscribir el optimismo panglosiano? Parecería que, para que el PJN sea una posición ético-política razonable, la condición *b*)

---

<sup>3</sup> Si se desea, puede llamarse «seguidores del positivismo» a los defensores del PJN. Los seguidores del positivismo sostienen que «el hecho de que las normas jurídicas sean válidas en virtud de sus fuentes, y no en virtud de su mérito, les otorga a las normas jurídicas un cierto mérito, incluso cuando esas mismas normas sean, bajo otros aspectos, normas censurables» (GARDNER, 2001: 204-205) (el PJN, sin embargo, no coincide del todo con la posición que Gardner describe, aunque ello se debe a razones que no son relevantes en el presente contexto).

<sup>4</sup> Esta es, en palabras de J. GARDNER (*ibid.*: 205), una posición similar a la que aquellos «seguidores del positivismo» que son también «positivistas jurídicos» propiamente dichos (de todos modos, para J. Gardner, no se trata de posiciones idénticas puesto que, dentro de su taxonomía, los positivistas incluyentes figuran como defendiendo la noción relevante de positividad de una norma, a saber, el ser válida en virtud de su fuente. Según el texto que presento esto no es así, puesto que la noción de positividad coincide con la satisfacción de la TF). Véase también GREEN, 2003: 4.3.