

La intrascendencia del debate entre positivismo y iusnaturalismo: las normas de ius cogens



Andrés Molina-Ochoa*

Universidad del Rosario, Bogotá D.C., Colombia

Fecha de recepción: 4 de agosto de 2009

Fecha de aceptación: 19 de octubre de 2009

RESUMEN

El objetivo del artículo es probar la irrelevancia del debate entre iusnaturalismo y positivismo para resolver problemas típicos del derecho. El artículo se fundamenta en las respuestas que positivistas y naturalistas podrían dar al problema de la existencia de normas de *ius cogens*, particularmente, al problema de la obligatoriedad y validez de dichas normas. Al probar que tanto el positivismo inclusivista y exclusivista, así como el iusnaturalismo responden a los problemas del *ius cogens* de la misma forma, el artículo concluye que no hay un verdadero debate entre estas dos teorías, excepto por la discusión que todavía continúa sobre si el derecho puede ser una ciencia descriptiva o tiene que ser una disciplina normativa. En este sentido, el debate entre positivistas y iusnaturalistas puede considerarse como un capítulo más en la larga discusión acerca de la naturaleza de las ciencias sociales.

Para citar este artículo: Molina-Ochoa, Andrés, "La intrascendencia del debate entre positivismo y iusnaturalismo: las normas de ius cogens", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2009, 11, (2), pp. 229-255.



* Abogado de la Universidad del Rosario. Magíster y candidato a Doctor en Filosofía de la Universidad de Binghamton, Nueva York. Ha sido catedrático de Introducción al Derecho y Teoría del Derecho en la Universidad del Rosario. Correo electrónico: andres.molina.1974@gmail.com

Palabras clave: positivismo, derecho natural, validez, obligatoriedad, Hart, Finnis, Bix.

The Intranscendence of the Debate Between Positive and Natural Law: Jus Cogens Norms

ABSTRACT

The objective of the article is to establish the irrelevance of the positivism-natural law debate for problems lawyers typically face. The article is based on the answers that positivists and natural lawyers give to the problem of the existence of rules of *ius cogens*; particularly, the normativity and the criteria used to identify these rules. By showing that inclusive, exclusive positivist, and natural lawyers answer the problems of rules of *ius cogens* in the same fashion, the article concludes that there is not a real debate between these schools, except for explaining in what sense law can be considered as a normative or a descriptive discipline. In this sense, the debate between positivists and natural lawyers may be considered as a chapter in the longer debate on the nature of social sciences.

Key words: Positivism, Natural Law, Validity, Normativity, Hart, Finnis, Bix.

1. INTRODUCCIÓN

No es exagerado afirmar que el debate entre iusnaturalistas y positivistas ha sido fundamental en el desarrollo de la teoría jurídica analítica. No obstante, en la actualidad, los acuerdos a los cuales han llegado ambas escuelas hacen que los puntos de discordia sean irrelevantes para la mayoría de problemas que la teoría jurídica aborda o pretende resolver. De hecho, más que una discusión sobre lo que es el derecho, hoy el debate entre positivistas y iusnaturalistas es sólo un capítulo menor de la compleja discusión acerca de la metodología que deben tener las ciencias sociales.

El objetivo de este artículo es probar la intrascendencia de ese debate respecto de un problema en particular, la posibilidad de entender a las normas de *ius cogens* como un límite de la soberanía estatal.

Dicho de otro modo, lo que pretendo con este ensayo es probar que la discusión entre naturalistas y positivistas es intrascendente respecto de un tema que antes era campo de batalla preferido por los integrantes de ambas corrientes.

Obviamente, el probar que el debate entre positivistas y iusnaturalistas es intrascendente para un caso particular no significa que lo es para otros casos, así sea un problema que los miembros de ambas escuelas han usado para supuestamente evidenciar los errores de la teoría contraria.¹ No obstante, la naturaleza del problema del *ius cogens* –*it est*, de la discusión sobre unas normas que aparentemente, al menos para algunos autores, son válidas por su contenido moral– permite tratar dos temas fundamentales que han caracterizado el debate entre iusnaturalismo y positivismo: 1) el papel de la moral² en el reconocimiento de la validez de las normas jurídicas, y 2) las fuentes de la obligación legal. En otras palabras, la discusión acerca del *ius cogens* no es solamente un debate sobre este tipo de normas, sino sobre las principales temáticas debatidas por positivistas y iusnaturalistas en la historia de la filosofía del derecho.

Este artículo nace de la investigación que realicé a partir de las reflexiones suscitadas en la defensa de una tesis de maestría en Derecho,³ a cargo de la estudiante Iris Marín Ortiz, de la Universidad Nacional de Colombia, en la que se argumentó que la soberanía estatal está limitada por las normas de *ius cogens*. Las diferentes discusiones entabladas entre los jurados de la tesis y la estudiante me sugirieron que este tipo de normas constituyen un caso especial, que me permitía probar la tesis del tema de la investigación que yo llevaba a cabo, el debate entre positivismo y iusnaturalismo. En otras palabras, al escuchar la sustentación me di cuenta de que el tema de las normas de *ius cogens* constituía un test ideal de la tesis que



¹ Para algunos autores, la noción de unas normas internacionales que no pueden derogarse en el ámbito interno nació como una reacción de ciertas escuelas del derecho natural frente al voluntarismo positivista. Ver: Rafael Nieto Navia, "Derecho imperativo internacional, derecho internacional humanitario y bloque de constitucionalidad", en Ricardo Abello Galvis, *Derecho internacional contemporáneo*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, pp. 49-88.

² Por moral o ética entiendo en este artículo aquella disciplina que se pregunta por la forma como los seres humanos deben actuar. Soy consciente de los diversos usos y definiciones que se han propuesto para estos dos términos, así como de los criterios que se han usado para diferenciarlos. No obstante, mi interés aquí no es discutir el contenido de la moral, sino las posibles relaciones entre las disciplinas que se dedican a estudiar el deber ser y el derecho. En este sentido, un poco de imprecisión terminológica puede ayudarnos a una más amplia discusión del debate entre positivismo y iusnaturalismo.

³ Iris Marín Ortiz, *¿Límites al poder constituyente? Derechos humanos, constitucionalidad y democracia*, tesis de maestría, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009.

intentaba defender, el de la intrascendencia del debate entre positivismo y iusnaturalismo. Por esta razón, el presente artículo utiliza algunas de las reflexiones suscitadas en la defensa de la tesis como hilo conductor de los principales argumentos.

Lo interesante de la defensa hecha por la candidata a Magíster radica en que está sustentada en proposiciones que, al parecer, solo pueden ser defendidas por una de las teorías en discusión: 1) las normas de *ius cogens* son obligatorias en el derecho interno, incluso en los casos en los que no existen mecanismos para hacerlas exigibles; 2) es la práctica internacional y no la moral la que determina la posibilidad de reconocer que una norma hace parte del *ius cogens*. Lo central que puede llegar a ser la reflexión sobre las normas de *ius cogens* para analizar la trascendencia del debate entre positivistas y iusnaturalistas se evidenció en el hecho de que las preguntas hechas por el jurado giraron en torno a la relación entre el derecho y la moral, y sobre la escuela a la que la autora debería adscribirse para defender su posición respecto de las normas obligatorias del derecho internacional. Para algunos miembros del jurado, la defensora era claramente iusnaturalista dado que afirmaba que existen reglas –algunas de las normas de *ius cogens*– que no son exigibles.⁴ Si no hay sanción alguna por el incumplimiento de una norma, ¿en qué sentido puede afirmarse que esta es válida? ¿No daría más fuerza al argumento sostener que la moral, y no la práctica jurídica, determina la existencia de las normas del *ius cogens*? En otras palabras, si la autora quiere defender la existencia y obligatoriedad de normas que no tienen sanción, debe explicar qué les confiere validez y qué las hace obligatorias.

El problema parece ser incluso más complejo si se tiene en cuenta que algunas normas de *ius cogens* no solo carecen de sanción, sino que no han sido creadas por un soberano competente. Sin exigibilidad y sin competencia, parece que el positivismo carece de conceptos que le permitan explicar cómo pueden identificarse las normas de *ius cogens* y, más aún, en qué consiste su obligatoriedad.

De una forma convincente, la defensora manifestó que su tesis estaba alejada de cualquier posición iusnaturalista, dado que incluso si se llegara a reconocer por la comunidad internacional que la tortura



⁴ El problema es evidente en materia de los límites que el *ius cogens* puede imponer al constituyente primario. Supongamos que, por ejemplo, un Estado decide crear una nueva Constitución que niega de plano varias normas de *ius cogens*. Dado que la regla ha sido creada por el constituyente primario y no es posible determinar la invalidez de la nueva Constitución, parece que las normas de *ius cogens*, al menos en estas ocasiones, no son exigibles. Ver: Marín Ortiz, *¿Límites al poder constituyente?*, op. cit.

fuera obligatoria para los sospechosos de terrorismo –una generalización de lo ocurrido en Guantánamo, por ejemplo–, esta obligación sería parte del *ius cogens* y un límite a la soberanía. La existencia y obligatoriedad de las reglas de *ius cogens* depende, por tanto, de hechos sociales, de las prácticas de la comunidad internacional. Con base en esta opinión, algunos miembros del jurado manifestaron que la autora podría adscribirse al positivismo para defender exitosamente las dos proposiciones de su tesis de maestría.

Pese a que la discusión descrita es común entre teóricos del derecho internacional, este debate, como se evidenciará más tarde con los resultados de la investigación realizada, podría haber sido fácilmente superado con una mejor comprensión de las tesis fundamentales que hoy en día distancian a positivistas y iusnaturalistas.

Como manifesté anteriormente, la tesis que propongo en este artículo es que la discusión entre unos y otros es irrelevante para determinar si las normas de *ius cogens* son o no un límite a la soberanía nacional. Dicho de otra forma, lo que pretendo es probar la intrascendencia del debate a partir de evidenciar que ambas escuelas pueden aceptar las principales proposiciones sobre *ius cogens* discutidas en la defensa de la tesis.

El artículo contiene dos partes: en la primera discuto el problema de la validez; en la segunda, las diferentes posiciones sobre la obligación legal. Cada sección corresponde a un aparente tema de debate entre positivistas y iusnaturalistas sobre las normas de *ius cogens*.

Finalmente, quisiera hacer dos observaciones antes de abordar el estudio del problema. En primer lugar, este artículo trata sobre la importancia del debate entre positivistas y iusnaturalistas para resolver un caso en particular, su objetivo no es aclarar o contribuir al estudio de las reglas del *ius cogens*. La discusión sobre estas normas es, en últimas, solamente un pretexto para poder comprobar la intrascendencia del debate en cuestión. La segunda observación tiene que ver con lo que entiendo por estas escuelas. Llamo positivismo a aquella doctrina que defiende la tesis de la separación⁵ entre el derecho y la moral, según la cual “... no hay un vínculo lógico necesario entre el



⁵ Como quedará claro posteriormente, una cosa es la tesis de la separación —con la que en este ensayo caracterizo al positivismo— y otra es la tesis de las fuentes, según la cual “... la existencia, contenido y validez de las leyes puede ser establecida (a) por referencia a sus fuentes en hechos sociales públicamente reconocibles, y (b) sin apoyarse en ningún argumento moral o evaluativo”. Gerald Postema, “Law’s Autonomy and Public Practical Reasons”, en Robert George (ed.), *The Autonomy of Law, Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 83. La traducción es nuestra.

derecho como tal y los valores éticos”.⁶ El positivismo del que trato es aquel heredero de la tradición analítica comenzada por Austin y Bentham a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX. Pese a ser, quizás, el filósofo del derecho más influyente en Colombia,⁷ no discuto el pensamiento de Kelsen. Por problemas de tiempo y espacio, he decidido centrarme en una tradición filosófica, aunque mucho, si no todo lo afirmado aquí sobre el positivismo puede aplicarse a *La teoría pura del derecho*. En contraposición, por iusnaturalismo entiendo aquella escuela que niega la tesis de la separación y defiende un vínculo conceptual necesario entre el derecho y la moral.⁸ Me he decidido por una definición de iusnaturalismo bastante general que me permita discutir el mayor número de opositores al positivismo; sin embargo, no pretendo con esto incluir a todos los movimientos que han negado de alguna forma la tesis de la separación. Nada digo en este escrito, por ejemplo, del movimiento de los estudios críticos del derecho, o de ciertas teorías argumentativas que, como la de Robert Alexy, han sido recepcionadas con entusiasmo por la doctrina en Colombia. La especialización y refinamiento de estas escuelas ameritan un trabajo diferente del que pretendo realizar en este artículo.

2. EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ

¿Es necesaria la moral para reconocer la existencia de normas jurídicas? El caso de algunos principios de *ius cogens* con un fuerte contenido moral, como las normas sobre derechos humanos, parece evidenciar que, necesariamente, los ordenamientos jurídicos acuden a valoraciones éticas como criterios de validez jurídica. Al fin y al cabo, fueron precisamente defensores del derecho natural como Wolff y Vattel algunos de los primeros y más influyentes doctrinantes en



⁶ David A. Richard, “Terror and the Law”, *Human Rights Quarterly*, 1983, 5, (2), p. 172. En igual sentido, ver: Kenneth Einar Himma, “Inclusive Legal Positivism”, en Jules Coleman y Scott Shapiro (eds.), *Oxford Handbook of Jurisprudence*, Oxford University Press, New York, 2004, p. 125; Andrei Marmor, “No Easy Cases?”, en Dennis Patterson (ed.), *Wittgenstein and Legal Theory*, Westview Press, Boulder, 1992, p. 189. Para una excelente presentación de las diferentes tendencias del positivismo contemporáneo, ver: W. Waluchow, “The Many Faces of Positivism”, *University of Toronto Law Journal*, 1998, 48, (3), pp. 387-449.

⁷ Hasta el momento, Hans Kelsen ha sido citado en más de ciento sesenta oportunidades por la Corte Constitucional. Sobre la influencia de Kelsen en Colombia ver: Luis Villar Borda, *Kelsen en Colombia*, Temis, Bogotá, 1991, p. 90.

⁸ Para las diferentes versiones del iusnaturalismo contemporáneo ver: Brian Bix, “Traditional Natural Law Theory”, en John Arthur y William Shaw, *Readings in the Philosophy of Law*, Prentice Hall, New Jersey, 2006, pp. 112-116.

afirmar la obligatoriedad de algunas reglas internacionales que no podían afectarse por la legislación interna.⁹ ¿Las reflexiones morales en torno al *ius cogens* no prueban, acaso, que existe una relación necesaria entre el derecho y la moral?

No cabe duda de que el derecho y la moral se influyen mutuamente. No obstante, una cosa es afirmar que existe una relación entre ambos órdenes normativos y otra muy distinta afirmar que la moral determina la validez de las normas jurídicas necesariamente. De hecho, ninguno de los principales positivistas ha negado la influencia que la moral ejerce en el derecho. Autores como H. L. A. Hart han reconocido en forma explícita que: "... históricamente, el desarrollo de los sistemas legales ha sido poderosamente influenciado por la opinión moral y, de manera opuesta, las normas morales han sido poderosamente influenciadas por el derecho, de forma tal que muchas reglas jurídicas reflejan reglas morales o principios".¹⁰

La tesis problemática para el positivismo jurídico no es que algunas normas tengan o expresen contenidos morales, sino que el reconocimiento y la validez de ciertas reglas dependa de la moral. Cuando se afirma que existen normas que no pueden derogarse en el ámbito interno, incluso por el constituyente primario, ¿acaso no se está defendiendo la tesis del derecho natural según la cual la validez de una norma depende de la moral? Este es precisamente el reto que las normas de *ius cogens* parecen imponer al positivismo, normas que existen en virtud de juicios éticos. En otras palabras, para que exista un verdadero debate entre iusnaturalistas y positivistas no basta con afirmar que las normas positivas tienen algún contenido moral; es necesario, además, que se afirme que la existencia de las normas jurídicas depende necesariamente de la moral, o de alguna valoración ética. Sin embargo, incluso así, el debate es solo aparente.



⁹ Nieto Navia, "Derecho imperativo internacional...", *op. cit.*, p. 82. Para una descripción general de las tesis de Wolff y Vattel, ver: Wilhem Grewe y Michael Byers, *The Epochs of International Law*, De Gruyter, Nueva York, 2000, pp. 349-367. Curiosamente, pese a ser grandes defensores de la existencia de límites normativos al poder estatal, tanto Wolff como Vattel defendieron al máximo el principio de no intervención entre las naciones. Ver: Stephen Krasner, *Soberanía, hipocresía organizada*, Paidós, Barcelona, 2001, p. 37.

¹⁰ H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 53. La traducción es nuestra. En igual sentido, John Gardner manifiesta que: "After all, there is a necessary connection between law and morality if law and morality are necessarily alike in any way [...] Hobbes, Bentham, Austin, Kelsen, Hart, Raz and Coleman all rely on at least some more substantial necessary connections between law and morality in explaining various aspects of the nature of law...". Ver: John Gardner, "Legal Positivism, 5/2 Myths", *American Journal of Jurisprudence*, 2001, 46, (199), p. 224.

2.1. Validez por moralidad

Supongamos, por ejemplo, que la forma adecuada de descubrir las normas de *ius cogens* es mediante juicios o procedimientos morales. Para que una jueza –o incluso, un legislador– pueda determinar si la soberanía estatal está limitada por el derecho a no ser torturado, ella deberá no solamente comprobar las prácticas de la comunidad internacional, sino que tendrá que realizar un juicio ético sobre dicha conducta. Si esta interpretación del *ius cogens* es correcta, la validez de las normas legales dependerá de la moral y la tesis según la cual basta referirse a hechos sociales para comprobar la validez de una norma es falsa. ¿Significa esto que el positivismo está equivocado y que la tesis de la separación es falsa? En absoluto. Desde la famosa publicación de “El modelo de las reglas I”,¹¹ varios positivistas enfáticamente respondieron a Dworkin que es posible defender la tesis de la separación y la existencia de principios cuya validez no depende de un hecho social sino de juicios morales. Dicho de otro forma, así como el positivismo ha sido capaz de explicar por qué la existencia de principios como el de que *nadie puede beneficiarse de su propio error*¹² no contradice la tesis de la separación, de igual forma puede explicar cómo los principios morales del *ius cogens* hacen parte de ordenamientos jurídicos en virtud de su contenido moral.¹³

Es cierto que existen modelos positivistas para los cuales explicar el reconocimiento de normas según su contenido moral es no solo difícil, sino quizás imposible; sin embargo, hoy en día, hay teorías dentro del positivismo que explican cómo es posible defender la tesis de la separación y la existencia de principios que hacen parte del ordenamiento jurídico en virtud de su peso moral. Incluso, tal como explicaré más adelante, la diferencia entre aquellos modelos que no pueden aceptar la moral como criterio de validez jurídica y el



¹¹ Ronald Dworkin, “The Model of Rules I”, en *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, pp. 14-46.

¹² Esta es precisamente la principal crítica de Dworkin al positivismo en “El modelo de las reglas I”. A partir del caso *Riggs v. Palmer*, Dworkin demuestra que los jueces utilizan principios que hacen parte del ordenamiento jurídico en virtud de su contenido moral y no porque concuerden con una regla de reconocimiento.

¹³ Para ver cómo esta etapa en el debate positivismo - iusnaturalismo, o en el debate Hart - Dworkin, se halla superada, ver: Scott Shapiro, “The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed”, en Arthur Ripstein (ed.), *Ronald Dworkin, Contemporary Philosophy in Focus*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 22-56.

iusnaturalismo es prácticamente irrelevante, al menos para discutir el problema de las reglas de *ius cogens*.

2.1.1. Positivismo inclusivista

Empecemos con aquellas teorías que sí pueden dar cabida a la moral como criterio de validez. El positivismo inclusivista,¹⁴ por ejemplo, puede explicar la existencia de los principios morales de, al menos, dos formas diferentes. Es posible afirmar, por ejemplo, que la existencia de ordenamientos jurídicos en los cuales algunas normas son reconocidas en virtud de juicios éticos no significa que todos los sistemas legales utilizan este criterio de validez. Basta con que sea concebible al menos un ordenamiento en el cual las normas puedan ser reconocidas mediante hechos sociales, para que la tesis de la separación sea válida. Esta idea, propuesta inicialmente por Jules Coleman,¹⁵ entiende que el positivismo defiende una separación débil en la cual únicamente se afirma la posibilidad teórica de que existan algunos ordenamientos jurídicos –no todos– en los cuales las normas pueden ser reconocidas sin ningún tipo de juicio moral. Así las cosas, un positivista puede afirmar que los principios de *ius cogens* son válidos en virtud de la moral sin negar la tesis de la separación, dado que existen ordenamientos jurídicos en los cuales todas las normas son válidas en virtud de hechos sociales.

Incluso si se afirma que hoy en día, después de Nuremberg, las normas de *ius cogens* son obligatorias para todos los Estados, el positivista puede defender la tesis de la separación. En primer lugar, puede afirmar que esta tesis sigue siendo válida porque, teóricamente al menos, es posible que un ordenamiento jurídico similar a los que



¹⁴ El positivismo inclusivista puede definirse como aquella escuela que defiende la tesis de la incorporación, según la cual "... los principios morales pueden ser derecho aun sin el debido pedigrí y, por tanto, no establecen restricción alguna en el criterio de legalidad". Scott Shapiro, "On Hart's Way Out", en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 149-192. La traducción es nuestra.

¹⁵ Según Coleman, "... la tesis de la separación afirma que es posible al menos concebir una regla de reconocimiento —y por tanto un sistema jurídico— en la que no se especifica la verdad como un principio moral entre las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas. Consecuentemente, una regla de reconocimiento puede especificar la verdad como principio moral como condición de verdad de algunas o todas las proposiciones de derecho, sin vulnerar la tesis de la separación". Ver: Jules Coleman, "Negative and Positive Positivism", *Journal of Legal Studies*, 1982, 11, (1), p. 14. En forma similar, Himma sostiene que es posible entender que según la tesis de la separación "... existe al menos conceptualmente un posible sistema legal en el cual el criterio de validez se fundamenta exclusivamente en las fuentes de la normas o en su pedigrí". Kenneth Einar Himma, "Inclusive Legal Positivism", en Jules Coleman y Scott Shapiro (eds.), *Oxford Handbook of Jurisprudence*, Oxford University Press, New York, 2004, p. 136. Traducción nuestra.

en el pasado reconocían las normas jurídicas sin acudir a la moral, llegue a existir en el futuro. En segundo lugar, el positivista inclusivista puede sostener que pese a que en la mayoría de ordenamientos jurídicos las normas de *ius cogens* hacen parte de la legislación interna en virtud de consideraciones morales, en muchos otros Estados estas normas han sido incorporadas por vía de convenciones, por ejemplo. Para estos ordenamientos jurídicos, dirá el inclusivista, las normas de *ius cogens* son válidas en virtud de hechos sociales y no de la moral. La existencia de estos Estados probaría que la tesis de la separación continúa siendo válida.

Esta respuesta nos conduce a la segunda explicación que los inclusivistas dan de fenómenos similares a los principios del *ius cogens*. Para varios seguidores de este tipo de positivismo, la norma que es reconocida por su peso moral, lo es únicamente porque existe un hecho social previo, una regla de reconocimiento que ordena a las y los jueces fallar según criterios morales.¹⁶ En el caso en el que las normas de *ius cogens* se reconocieran por su valor moral, esto sería porque una norma social así lo indica. En este sentido, la tesis de la separación seguirá siendo plausible, porque ella puede predicarse de la regla de reconocimiento, aunque no de todas las reglas que hacen parte del ordenamiento jurídico. En otras palabras, dado que el criterio final de validez es un hecho social, aceptar que la moral determina la validez de ciertas normas no contradice la tesis de la separación.

Esta interpretación que el positivismo inclusivista puede hacer de las normas de *ius cogens* es, curiosamente, bastante parecida a la hecha por un autor que presume ser iusnaturalista, como Nieto Navia. Para determinar cuáles son las normas de *ius cogens*, Nieto únicamente utiliza criterios basados en hechos sociales: que la norma sea de derecho internacional, que sea aceptada por la comunidad internacional y que no admita acuerdo en contrario.¹⁷ Un inclusivista puede argumentar que estos hechos sociales constituyen la regla de reconocimiento para identificar cuáles son las normas que por su peso moral deben hacer parte del *ius cogens*.



¹⁶ En ese sentido, Scott Shapiro manifiesta que: "Inclusive legal positivists have argued that, as long as the rule of recognition is a social rule, no additional restrictions need be placed on the conditions of legal validity set out by such a rule. Therefore, even though unenacted moral rules need not be law in every legal system, it is possible for them to become law in some legal systems just in case there exists within that system a convention among judges to treat them as such". Scott Shapiro, "The Difference that Rules Makes", en Brian Bix (ed.), *Analyzing Law, New Essays in Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 57.

¹⁷ Ver: Nieto Navia, "Derecho imperativo internacional...", *op. cit.*, pp. 59-60.

Así las cosas, quien defienda la tesis según la cual las normas de *ius cogens* son un límite al poder del Estado y que existen en virtud de su valor moral, puede hacerlo siendo o bien un positivista inclusivista o un iusnaturalista. Incluso, si afirmamos que en todos los Estados las normas de *ius cogens* son obligatorias, todavía la tesis de la separación puede seguir siendo plausible, toda vez que, como vimos, no solo es concebible teóricamente un sistema jurídico en el que la validez de las reglas jurídicas únicamente se determina en virtud de prácticas sociales, sino que es cierto que en muchos ordenamientos jurídicos las normas de *ius cogens* deben su existencia a hechos claramente reconocibles.

Obviamente, entre iusnaturalistas y positivistas sigue habiendo diferencias. Los positivistas afirmarían que existe una regla de reconocimiento al final de las valoraciones morales que les dan validez a las normas de *ius cogens*, el iusnaturalista lo negará. No obstante, esta diferencia no puede exagerarse; ambas teorías coinciden en el tipo de normas que existen en el ordenamiento jurídico e, incluso, en que la moral es el criterio usado por algunos ordenamientos jurídicos para determinar la validez de las normas de *ius cogens*. Sobre la norma que prohíbe la tortura, por ejemplo, el iusnaturalista y el positivista pueden afirmar que ella existe en virtud de la moral; la única diferencia está en que el inclusivista sugerirá que esa referencia a la ética depende, en última instancia, de un hecho social.

Aún más, ambas escuelas pueden sostener, sin contradecir sus tesis fundamentales, que las normas de *ius cogens* limitan la capacidad del constituyente primario. Para el iusnaturalismo ese límite vendrá del contenido moral del derecho, mientras que para el positivismo, en algunos casos, será un elemento de la regla de reconocimiento que la comunidad internacional utiliza y de los criterios morales de validez que ella incorpora.¹⁸ Un ordenamiento jurídico nacional no puede, dirá el inclusivista, permitir la tortura, porque contradice las normas de *ius cogens* incorporadas en una regla de reconocimiento internacional; un iusnaturalista dirá que la moral impide que la tortura sea aceptada en cualquier sistema legal.



¹⁸ Desde la publicación de *El concepto de Derecho* el positivismo ha admitido la posibilidad de limitaciones al poder soberano sin necesidad de explicar este fenómeno con base en consideraciones morales. Ver: H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 82-89.

2.1.2. Positivismo exclusivista

Aunque mucho más alejada del iusnaturalismo, la posición más radical del positivismo, la exclusivista, también permite aceptar la existencia de normas que, como el *ius cogens*, limitan a la soberanía estatal. Para esta escuela no es cierto que existan normas jurídicas que hagan parte del ordenamiento jurídico en virtud de su peso moral, las normas únicamente existen en virtud de su origen.¹⁹ En este sentido, un sistema jurídico sólo puede pretender tener autoridad –lo cual es un elemento esencial de todo sistema jurídico– si sus órdenes pueden ser identificadas sin depender de otras razones.²⁰ Una norma solamente puede guiar la conducta de una persona si es capaz de producir una diferencia en la decisión que se va a tomar; es decir, si la persona pudiera actuar de forma diferente de no mediar la norma.²¹ El problema con el positivismo exclusivista radica en que no puede acudir a la solución presentada por los inclusivistas. Si la orden es tomada por razones morales, entonces el intérprete no es guiado por el derecho; si, en cambio, la regla legal guía la conducta, entonces las razones morales no tienen ningún papel en la decisión judicial. En este sentido, si las normas de *ius cogens* se aplican por su carácter moral, entonces no es posible la existencia de una regla que ordene la remisión a valores morales para la decisión que se pretende; o, si las normas de *ius cogens* se reconocen sin acudir a la moral, entonces no podemos afirmar que existen en virtud de su contenido ético.

Pese a que a la separación entre iusnaturalistas y exclusivistas parece insalvable, en realidad, es también solo aparente por dos razones: en primer lugar, porque los exclusivistas, al igual que los iusnaturalistas, aceptan que la moral impone límites a la actividad legal y judicial. La diferencia entre ambas escuelas no está en la existencia de límites, sino en el carácter de estos; para el iusnaturalismo son jurídicos, para el positivismo exclusivista no. La segunda razón está en que ambas teorías admiten que en ocasiones las y los jueces se ven avocados a fallar según principios morales; el positivismo exclusivista



¹⁹ Esto es lo que anteriormente llamamos la tesis de las fuentes, o lo que Dworkin denomina la tesis del pedigrí.

²⁰ Según Raz, para que el derecho pueda, satisfactoriamente, reivindicar autoridad “... *it must be possible to identify the directive as being issued by the alleged authority without relying on reasons or considerations on which directive purports to adjudicate*”. Joseph Raz, “Authority, Law, and Morality”, en *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 218.

²¹ Según Scott Shapiro, “... *rules to guide conduct, they must be capable of motivating agents to act differently from how they might have without their guidance*”. “On Hart’s Way Out”, *op. cit.*, p. 176.

manifiesta, a diferencia del iusnaturalismo, que estos principios son directrices extralegales dadas a los jueces para la creación posterior de otras normas.²²

Un positivista exclusivista puede manifestar, por ejemplo, que las normas de *ius cogens* son obligatorias moralmente en un país, así no lo sean desde el punto de vista del derecho. Como afirma Andrei Marmor, uno de los principales defensores del positivismo exclusivista: “[n]o hay ningún rol que las convenciones constitutivas [como por ejemplo, la regla de reconocimiento] juegan en determinar lo que la gente debe hacer según motivos morales. A pesar de que existan convenciones, la política, la moral, la ética y otras consideraciones similares continúan guiando nuestro razonamiento práctico”.²³ Afir-mar, como hacen los exclusivistas, que las normas jurídicas no pueden ser reconocidas en virtud de su contenido moral, no significa que las y los jueces no tengan deberes distintos a los jurídicos. De hecho, como explicaré en la siguiente sección, gran parte del esfuerzo positivista está encaminado a divorciar el derecho de la moral para resaltar el deber ético que tienen las y los jueces, en muchas ocasiones, de desobedecer las leyes injustas.

En conclusión, puede afirmarse que mientras para los iusnaturalistas las normas de *ius cogens* que son jurídicas en virtud de su moralidad son un límite legal, para los exclusivistas son un límite ético. Obviamente, es posible encontrar positivistas que nieguen cualquier límite moral a la labor del legislador o del intérprete, pero esa diferencia dependerá de su concepción ética y no de su vinculación al positivismo exclusivista.

No puede negarse que entre exclusivistas y iusnaturalistas existe todavía un gran debate. Sin duda, entre los temas no relacionados con la naturaleza de las ciencias sociales este es el más controvertido. De hecho, las discusiones sobre si es posible que una convención reconozca hechos morales –o que contenga referencias a valoraciones éticas, o si es posible hablar de una convención sobre cuyo contenido existan grandes discusiones–, han colmado gran parte de la literatura en la teórica jurídica contemporánea. Así, por ejemplo, mientras para Marmor²⁴ la regla de reconocimiento es una conven-

²² Ver: Raz, “Authority, Law, and Morality”, *op. cit.*, p. 210-238.

²³ Andrei Marmor, “Exclusive Legal Positivism”, en Jules Coleman y Scott Shapiro, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 106. Traducción nuestra.

²⁴ Ver: Andrei Marmor, *Social Conventions: From Language to Law*, Princeton University Press, Princeton, 2009, p. 200.

ción constitutiva, para Coleman²⁵ es una convención creada para solucionar problemas de coordinación. Para Dworkin –en especial a partir de la publicación de “El modelo de las reglas II”–²⁶ una regla de reconocimiento en la que existan fuertes desacuerdos teóricos no es posible; para Raz,²⁷ en cambio, los desacuerdos no solo son posibles sino inevitables.

Lo complejo y sofisticado de la discusión, sin embargo, no debe ni engañarnos ni llevarnos a exageraciones. De hecho, la sofisticación del debate muestra que se ha llegado a acuerdos sobre temas que antes eran objeto de discusión. Prueba de ello está en el hecho de que los miembros de ambas escuelas, en lugar de criticarse mutuamente por tener tesis distintas, se dedican a aclarar que su posición es la misma que la de sus contradictores, o que han sido malinterpretados por el bando contrario.²⁸ Así, Raz, por ejemplo, al momento de cuestionar las posiciones del iusnaturalismo comienza afirmando que: “La perenne e inexhaustible naturaleza de la controversia relativa al análisis positivista del derecho es debida, no en una pequeña parte, al elusivo significado del término *positivismo* en la filosofía jurídica”.²⁹ En el bando contrario, tanto Brian Bix como John Finnis dedican varias páginas a explicar que la famosa frase atribuida a Santo Tomás, según la cual una ley injusta no es derecho, no significa lo que los positivistas creen suponer.³⁰ Estos dos doctrinantes enfáticamente afirman que los positivistas no criticarían al iusnaturalismo si conocieran mejor sus tesis.³¹



²⁵ Jules Coleman, “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory*, 1998, 4, (4), pp. 381-426.

²⁶ Ronald Dworkin, “The Model of Rules II”, en *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, pp. 46-80. Aunque algunos autores, en especial en Colombia, consideran que Dworkin no es un representante del movimiento de derecho natural, he decidido incluirlo en esta escuela por dos razones. La primera es que es uno de los principales oponentes de la teoría de la separación y uno de los principales defensores de la existencia de una vinculación fuerte entre el derecho y la moral. La segunda es que él mismo se considera miembro de dicho movimiento. En su ensayo “Natural Law Revisited”, manifiesta que: “If [...] any theory which makes the content of law sometimes depend on the correct answer to some moral questions is a natural law theory, then I am guilty of natural law”. Ronald Dworkin, “Natural Law Revisited”, *University of Florida Law Review*, 24, (2), p. 165.

²⁷ Ver: Raz, “Authority, Law, and Morality”, *op. cit.*, p. 234.

²⁸ Autores como David Lyons encuentran más acuerdos que diferencias en representantes históricos de cada escuela. Para Lyons, “... Aquinas and Austin appear to share some fundamental ideas about human or positive law. Both believe that human law is morally fallible. It does not necessarily conform to those standards by which it may properly be judged”. *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge University Press, London, 1984, p. 10.

²⁹ Joseph Raz, *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 37. Traducción nuestra.

³⁰ Ver: Bix, “Traditional Natural Law Theory”, *op. cit.*, p. 113; y John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 360.

³¹ Recuérdense, por ejemplo, las críticas de Austin a Blackstone por afirmar que las normas injustas eran inválidas. Hoy en día, tanto iusnaturalistas como positivistas aceptarán que estas normas son válidas,

Un ejemplo servirá para ilustrarnos sobre la verdadera importancia de la controversia entre positivistas y iusnaturalistas. Supóngase que en un país se tramita una reforma constitucional que permita vulnerar, en casos de terrorismo, las normas de *ius cogens* relativas a los derechos humanos.³² Ahora bien, ¿qué pueden afirmar el iusnaturalista y el positivista exclusivista ante esta situación? Dado que la norma de *ius cogens* no ha sido reconocida como tal por el ordenamiento jurídico, es de suponerse que su violación no acarrea sanción alguna. Así las cosas, el seguidor del iusnaturalismo le dirá al parlamento que su actuación es ilegal, pero que no existen mecanismos para detener o anular la acción ilegítima. El iusnaturalista no podrá afirmar, por ejemplo, que la norma es inválida y que podrá ser declarada como tal por un tribunal constitucional, porque, según el ejemplo propuesto, no existe un mecanismo para proteger las normas de *ius cogens*. Por esta razón, el iusnaturalista, pese a considerarlas como un límite legal al poder soberano, no podrá hacer más que dejar a la conciencia del intérprete o del legislador el respeto de dichas normas. ¿Podrá hacer algo distinto el positivista exclusivista? El positivista considerará que dichas normas no son jurídicas, así que al igual que el iusnaturalista pensará que se ha violado un límite, moral en este caso, pero que no existen herramientas jurídicas para remediar el daño causado por el parlamento.

Dicho de otra forma, si las normas de *ius cogens* no son exigibles, el positivista exclusivista y el iusnaturalista deberán realizar el mismo tipo de recomendación, obedecer los postulados de la moral. Es cierto que ambos utilizarán expresiones distintas, pero no habrá en la práctica diferencia alguna sobre el tipo de límite que el *ius cogens* constituye –en este caso, un límite cuya eficacia depende de la moralidad del parlamento o del intérprete–.

2.2. Validez por hechos sociales

Ahora bien, supongamos que aceptamos la tesis según la cual las normas de *ius cogens* son válidas no en virtud de su peso moral, sino,

aunque quizás no debamos obedecerlas. Ver: Austin, John, *The Providence of Jurisprudence Determined*, Richard Taylor, London, 1832, p. 391.

³² Para un estudio del terrorismo en el marco de la jurisprudencia constitucional colombiana, ver muy especialmente: Juan Ramón Martínez Vargas, “Acercamiento conceptual y breve análisis del tratamiento jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana en el marco del derecho internacional público”, en Ricardo Abello Galvis (ed.), *Derecho internacional contemporáneo*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, pp. 333-352.

tal como lo pretendió la defensora de la tesis, por el reconocimiento de ellas hecho por la comunidad internacional. En este caso, ¿estaría equivocado el iusnaturalismo? No, en estos casos ambas escuelas estarían de acuerdo, para ellas las normas de *ius cogens* serán normas válidas, obligatorias para los Estados.

El iusnaturalismo jamás ha negado que existan normas cuya validez está dada por su promulgación y no por su contenido moral. De hecho, iusnaturalistas de la talla de John Finnis sostienen que los problemas de coordinación solo pueden solucionarse a través de normas reconocibles en virtud de su autoridad y no de su peso moral.³³ El bien común hacia el cual tiende el derecho, según esta versión del iusnaturalismo, únicamente puede alcanzarse por normas cuya existencia sea reconocida por su promulgación³⁴ y no en virtud de algún juicio ético.³⁵ Así las cosas, un iusnaturalista puede reconocer, sin aceptar la tesis de la separación, que las normas de *ius cogen* son válidas en virtud de ciertas prácticas que han adquirido el estatus de autoridad.³⁶

2.2.1. Inmorales y válidas

¿Qué sucedería, si las normas de *ius cogens* contradijeran seriamente a la moral? ¿Existiría, en este caso, alguna contradicción entre positivismo y iusnaturalismo? Supongamos que, siguiendo el ejemplo dado en la defensa de la tesis, la lucha contra el terrorismo lleva a una práctica internacional según la cual es obligatorio para todos los Estados torturar a las y los sospechosos de este crimen. ¿Habría alguna diferencia en la descripción que harían sobre este hecho positivistas y iusnaturalistas?

En esta particular situación, los defensores del positivismo y la mayoría de iusnaturalistas aceptarán que la norma es válida, pero que no debe obedecerse. Brian Bix, por ejemplo, enfáticamente sostiene



³³ Ver: Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, op. cit., capítulo IX.

³⁴ Un típico ejemplo de un problema de coordinación sería el de determinar por cuál lado de la vía deben conducirse los carros. Sin duda alguna, la regla que decide sobre qué vía deben ir los automóviles solamente puede solucionar el problema de coordinación si puede ser reconocida en virtud de su promulgación y no de su peso moral.

³⁵ No es de extrañar, por tanto, que Finnis, uno de los principales defensores del iusnaturalismo, utilice la teoría sobre razones exclusionarias desarrollada por Raz, el representante más importante del positivismo excluyente. Ver: Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, op. cit., capítulo IX.

³⁶ *Ibid.*, pp. 238-245.

ne que: "... afirmar que una ley injusta no es *realmente derecho* puede referirse únicamente al hecho de que ella no acarrea la misma fuerza moral, ni ofrece las mismas razones para la acción que las normas que sí son consistentes con las normas superiores [de la moral]".³⁷ De igual forma, John Finnis sostiene que normas inmorales existen y que, incluso, de ellas puede predicarse que son obligatorias, aunque en un sentido meramente intrasistémico.³⁸

Es cierto que algunos autores afirman que una norma injusta no debe considerarse propiamente como tal, pero esta no es una tesis fundamental ni característica del iusnaturalismo contemporáneo. La mayoría de iusnaturalistas sostienen que una norma injusta es válida, aunque quizás no produzca las mismas consecuencias prácticas que una que no contradice a la moral. Así las cosas, tanto el iusnaturalismo como el positivismo aceptarán que las normas injustas existen, aunque no deben obedecerse.

El problema de la existencia de las normas injustas nos remite al tema de la segunda sección de este artículo, el de la obligatoriedad. Si existen normas de *ius cogens* que no son exigibles, ¿en qué sentido puede afirmarse que son obligatorias? ¿No implica la tesis de la separación que el derecho debe responder a un problema inherente a la teoría jurídica, como el de la obligatoriedad, sin acudir a la moral? ¿Y si esto es así, en qué sentido puede afirmarse que una norma cuyo incumplimiento no acarrea sanción alguna existe?

3. EL PROBLEMA DE LA OBLIGATORIEDAD

A diferencia de la sección anterior, en esta existe un mayor consenso sobre los temas que aparentemente están en discusión. Como se podrá comprobar al final de este acápite, no solo no existe contradicción entre el positivismo y el iusnaturalismo sobre este tema sino que, en definitiva, la posición de ambas escuelas es prácticamente idéntica. No obstante, y tal como también se verá a continuación, es precisamente alrededor de este problema que se dan las principales controversias entre ambas teorías, una discusión que, como mencioné

³⁷ Bix, "Traditional Natural Law Theory", *op cit.*, p. 114.

³⁸ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, capítulo XII.

al inicio del artículo, es solamente un capítulo en el más largo debate sobre la metodología y fines de las ciencias sociales.

3.1. Austin y Hart

Desde los inicios del positivismo se consideró que la obligatoriedad de una norma dependía de la moral y no del derecho. Para Austin, por ejemplo, la razón por la cual las normas jurídicas deben obedecerse es que la desobediencia de una norma legal acarrea una sanción que produce dolor. John Austin estaba tan convencido de que el motivo para obedecer las normas jurídicas era evitar el sufrimiento que recomendaba obedecer a la moral sobre el derecho, puesto que el infierno era peor castigo que la más cruel de las penas humanas.³⁹

La tesis de Austin es claramente consistente con su pensamiento filosófico. En primer lugar, es coherente con el utilitarismo que profesaba. Si una acción es moral en términos del principio de utilidad, entonces la razón por la cual debe o no obedecerse una norma jurídica depende del dolor que se evite o del placer que se produzca. De igual forma, su explicación de la obligación es coherente con su teoría sobre la norma jurídica. Si las normas deben seguirse por el dolor que pueda causar su desconocimiento, entonces todas las reglas deben presuponer un castigo en caso de incumpliendo; por esa razón, Austin definió las reglas como órdenes respaldadas por amenazas.⁴⁰ Así las cosas, el positivismo jurídico, desde sus inicios, afirmó que la obligatoriedad de una norma, es decir, la razón que determina por qué he de seguir una regla, no depende del derecho, sino de la moral, más precisamente del principio de utilidad. Es esta norma de conducta la que nos indica que debemos evitar el dolor y, por tanto, cumplir el derecho para evitar su castigo.⁴¹



³⁹ Según Austin, “[o]ur motives to obey the laws which God has given us, are paramount to all others. For the transient pleasures which we may snatch, or the transient pains which we may shun, by violating the duties which they impose, are nothing in comparison with the pains by which those duties are sanctioned”. *The Providence of Jurisprudence Determined*, op. cit., p. 42.

⁴⁰ “Or rather, laws or rules, properly so called, are a species of commands. [...] A command is distinguished from other significations of desire, not by the style in which the desired is signified, but by the power and the purpose of the party commanding to inflict an evil or pain in case the desire be disregarded”. *Ibid.*, p. 6.

⁴¹ La descripción que hago del utilitarismo de Austin parece indicar que su teoría es egoísta, en el sentido en que solo por intereses propios, evitar el dolor, debemos obedecer las normas jurídicas. Nada más alejado del pensamiento de Austin. Recuérdese que en el cálculo utilitarista mi dolor debe contar de igual forma que el de los otros seres humanos. Así las cosas, si descontando mi sufrimiento por padecer una pena, yo produzco más placer a la humanidad, moralmente debo ser castigado. Lo dicho aquí sobre el utilitarismo,

Al contrario de lo que pudiera pensarse, el positivismo no contradice la tesis de la separación al afirmar que la obligatoriedad de las normas jurídicas depende de la moral. Es plausible afirmar, por ejemplo, que la medicina determina los mejores medios para tratar a un paciente, pero es la bioética la que evalúa si un procedimiento debe realizarse o no. El derecho determina qué normas existen, pero es la ética –entre otras consideraciones– la que debe dar la respuesta final a la pregunta sobre la obediencia de una norma.

Ahora bien, ¿qué podría afirmar Austin sobre el problema de las normas del *ius cogens*? En realidad, no existe diferencia entre la respuesta dada por el defensor del derecho natural y el positivista, ambos afirmarían que las normas son obligatorias dependiendo de su valor moral. Obviamente, un iusnaturalista cuya teoría moral es la ética de las virtudes, como Finnis, por ejemplo, desarrollará una noción diferente de la de Austin sobre la obediencia a la ley. Un positivista que sea utilitarista del acto probablemente aceptará la posibilidad de vulnerar los derechos humanos de algunas personas para promover los de otras. Finnis, por el contrario, sostendrá que en ningún caso es racional conculcar los derechos fundamentales. No obstante, la diferencia o el posible debate entre ambos autores no está en su posición respecto de la filosofía del derecho, sino en su teoría moral. De hecho, un positivista y un iusnaturalista que comparten la misma teoría ética, estarán más de acuerdo sobre lo que debe hacerse ante una norma inmoral, que dos iusnaturalistas con visiones éticas diferentes.

Algo parecido a lo dicho sobre Austin puede afirmarse sobre Hart. En *El concepto de Derecho*,⁴² Hart ofrece razones morales por las cuales la pregunta sobre la validez debe divorciarse de la pregunta sobre la obligatoriedad de las normas jurídicas: “Lo que por cierto más se necesita para que los hombres tengan una visión clara al enfrentar

sin embargo, es demasiado elemental. En ningún momento pretendo ni discutir, ni descubrir las variantes teóricas de esta teoría ética en el pensamiento contemporáneo. Para una descripción general del consecuencialismo actual y sus principales críticas, ver: Samuel Scheffer (ed.), *Consequentialism and its Critics*, Oxford University Press, Oxford, 1988, p. 212.

⁴² Desde su artículo “Legal and moral obligation”, Hart comenzó a desarrollar una crítica contundente sobre la noción de obligación de Austin. Esta crítica tendría su desarrollo final en los capítulos iniciales de *El concepto de Derecho*. Dado que el objetivo de este acápite es comparar las versiones del positivismo y del iusnaturalismo respecto de la noción de obligatoriedad, y no explicar la evolución que ha tenido este concepto a lo largo de la historia de la filosofía del derecho, no me detengo en las críticas hechas por Hart. Bastará decir que Hart no consideraba que fuera la coacción la razón de la obligación legal, puesto que: 1) es razonable hablar de normas obligatorias cuya violación no acarrea coacción alguna; 2) el nivel de obligatoriedad de una norma no depende de la probabilidad o grado de la pena, y 3) es la norma la causa de la sanción, no la sanción la causa de la obligatoriedad de la pena. Ver: H. L. A. Hart, “Legal and Moral Obligation”, en A. I. Melden (ed.), *Essays in Moral Philosophy*, University of Washington Press, Seattle, 1966, pp. 82-107; y *El concepto de Derecho*, op. cit., pp. 99-113.

el abuso del poder, es que conserven la idea de que al certificar que algo es jurídicamente válido no resolvemos en forma definitiva la cuestión de si se le debe obediencia, y que por su halo de majestad o de autoridad que el sistema oficial puede poseer, sus exigencias, en definitiva, tienen que ser sometidas a un examen moral".⁴³ En este sentido, Hart sugiere que la mejor estrategia para combatir regímenes opresivos está en divorciar al derecho de la moral, de forma tal que, como afirma Shauer, ante la existencia de una norma, solo podamos preguntar: ¿y qué?⁴⁴

Ahora bien, existe una diferencia entre la noción de obligación de Hart y Austin que es fundamental para entender el fenómeno de las normas de *ius cogens*. En contradicción con Austin, Hart sugiere que las normas pueden ser obligatorias aun cuando no prevean sanción alguna en caso de incumplimiento. Lo que hace obligatoria a una norma es su pertenencia a un ordenamiento jurídico que le otorga validez y no la pena o sanción. De esta forma, es posible afirmar que una persona tiene que obedecer a una regla, aunque no tenemos ningún mecanismo para hacer exigible incumplimiento.

El divorcio entre coacción y obligación legal que la teoría de Hart introduce permite explicar una de las preguntas hechas durante la defensa de la tesis: ¿en qué sentido puede considerarse el positivismo que una norma es obligatoria, si no es exigible? Un seguidor del pensamiento de Hart puede responder a esta pregunta de dos formas diferentes. En primer lugar, puede afirmar que la norma es obligatoria legalmente, en tanto hace parte de un ordenamiento jurídico internacional.⁴⁵ *Obligatoriedad*, en este sentido, no significa que las normas sean exigibles o sancionables, o que sean acciones que deban realizar los seres humanos, sino que la conducta es ordenada por una norma perteneciente a un ordenamiento jurídico existente. De esta forma, el positivismo puede afirmar que las normas de *ius cogens* existen y son obligatorias, aunque no son exigibles. La posibilidad de demandar el cumplimiento de las normas de *ius cogens*, incluso en los casos

⁴³ *Ibid.*, p. 260.

⁴⁴ "The logical corollary of the conceptual separation of law and morality, after all, is that the moral response to the simple fact of something being a law is So what". Frederick Shauer, "Positivism as Pariah", en Robert P. George (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 37. En igual sentido, Antonio García Amado manifiesta: "... si nos preguntamos qué tiene que decir el positivismo jurídico acerca de la obligación moral de obedecer o desobedecer al Derecho, la respuesta es: simplemente nada". *Ensayos de filosofía jurídica*, Temis, Bogotá, 2003, p. 284.

⁴⁵ Para Hart, existe un ordenamiento jurídico internacional, aunque este no comparta todas las características del derecho interno. Ver *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, capítulo X.

en que no son exigibles, es una prueba de su obligatoriedad. Quien afirme que Corea del Norte vulnera normas fundamentales de los derechos humanos que, sin embargo, no son exigibles, no se contradice; únicamente está diciendo que dicho país vulnera las reglas que se consideran obligatorias en el derecho internacional. En segundo lugar, Hart puede afirmar que las normas son obligatorias en sentido moral, aunque no en sentido jurídico. Los jueces en Corea del Norte que se vean avocados a interpretar una norma injusta estarán ante un dilema, obedecer las prescripciones de la moral o del derecho.⁴⁶

Al margen de la opción que se elija, lo importante es que la existencia de normas no exigibles es un fenómeno que el positivismo puede explicar sin contradecir la tesis de la separación. De hecho, el problema no está en las tesis que defiende el positivismo, sino en cierta teoría dentro de esta escuela para la cual solamente existe una regla si su incumplimiento acarrea una sanción.

La mayoría de positivistas contemporáneos continúan defendiendo, junto con Hart, la idea de que la obligación jurídica es un problema de la moral o de la filosofía política⁴⁷ y no del derecho.⁴⁸ Ahora bien, si esta respuesta es prácticamente la misma que daría un defensor del derecho natural, ¿por qué ha generado tanta controversia entre positivistas y iusnaturalistas?

Como manifesté al inicio de esta sección, aunque positivismo y iusnaturalismo han dado, a lo largo de la historia, respuestas similares al problema de la obligatoriedad de las normas, este tema motiva profundas controversias entre ambas escuelas. Según varios defensores del iusnaturalismo, el positivismo no puede continuar defendiendo la tesis de la separación, en caso de que la obligación jurídica deba explicarse desde el punto de vista de la moral.

Antes de explicar con más detenimiento la objeción hecha por el iusnaturalismo, es importante aclarar que no hay nada en esta crítica que modifique o diferencie las descripciones que positivistas



⁴⁶ La tesis de Hart implica que para el positivismo existen dos tipos diferentes de obligación, la legal y la moral. La primera únicamente se refiere a los deberes consagrados en una norma perteneciente a un ordenamiento jurídico válido. La segunda se refiere a las acciones que debe o no realizar un individuo con base en un juicio ético. Esta distinción entre dos tipos de obligación ha sido fuertemente criticada por varios autores, entre ellos ver: Gerald Postema, "The Normativity of Law", en Ruth Gavision, *Issues in Contemporary Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1989, pp. 81-104.

⁴⁷ Raz defiende esta posición, ver: "The Obligation to Obey: Revision and Tradition", en *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 341-355.

⁴⁸ Para una presentación del problema de la obligación en el positivismo contemporáneo ver: Kenneth Einar Himma, "Legal Positivism and the Problem of Explaining Legal Obligation", en John Arthur y Steven Scalet (eds.), *APA Newsletter on Philosophy and Law*, 2006, 5, (2), pp. 13-17.

y defensores de la escuela del derecho natural harán sobre las normas de *ius cogens*. Como expliqué anteriormente, ambas escuelas dejarán a la moral o a la filosofía política la respuesta sobre si deben o no obedecerse ese tipo de normas. El debate sobre la obligatoriedad en el derecho no es sobre la relación entre la moral y el derecho, ni sobre lo que este es, sino acerca de qué tipo de disciplina es la teoría jurídica.

La crítica iusnaturalista puede entenderse de la siguiente forma. Supongamos que un positivista pretende describir los hechos que determinan la validez de las normas en diferentes comunidades. Obviamente, es difícil encontrar un consenso absoluto sobre lo que el derecho es en cada sociedad. En algunas comunidades, algunos elementos serán relevantes, no así en otras. Por esta razón, el positivista se verá abocado a escoger unas características y desechar otras. Supongamos que con el fin de ser congruente con su posición positivista, el teórico decide excluir aquellas características relacionadas con la noción de obligación, dado que está convencido de que esta hace parte de la moral y no del derecho. Ahora bien, admitamos que otra persona describe lo que es el derecho e incluye la noción de obligación y las razones que pueden obligar a una persona a seguir una norma jurídica, ¿qué noción debe preferirse?

Para algunos autores, únicamente es posible dar una respuesta normativa a esta pregunta. En otras palabras, solo desde la moral puede darse respuesta al problema de los criterios que nos permiten afirmar que algo es derecho y algo no. La ciencia jurídica, por tanto, no puede concebirse como una disciplina independiente de la moral, sino como una ciencia que necesita de la ética para poder justificar los datos que selecciona en su descripción. El problema no es que la noción de obligación deba, como acepta el positivismo, describirse desde la moralidad. El problema radica en que los miembros del positivismo deben acudir a razones –morales, según el iusnaturalismo– para justificar por qué es válida la descripción del derecho que prescinde de las justificaciones morales que tienen las personas para seguir reglas jurídicas.

Varios autores contemporáneos desarrollan versiones diferentes de esta objeción propuesta inicialmente por Finnis.⁴⁹ Tanto Dworkin⁵⁰



⁴⁹ Ver en especial: Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, parte I.

⁵⁰ Ver en especial: Ronald Dworkin, "Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, 24, (1), pp. 1-37.

como Nicos Stavropoulos⁵¹ y Stephen Perry,⁵² por apenas mencionar algunos autores, cuestionan la pretensión del positivismo de presentarse como una ciencia neutral que puede describir un sistema normativo como el derecho sin acudir a la política o a la moral.

En su defensa, algunos positivistas han sugerido que la descripción jurídica puede justificarse con base en valores epistemológicos; esto es, entre otros, en la claridad y consistencia de la descripción.⁵³ Otros positivistas han optado por defender el positivismo desde una concepción moral, en forma muy similar a la tesis de Hart, que mencioné anteriormente, según la cual la separación entre derecho y moral permite una más efectiva resistencia en contra de la represión.⁵⁴

La presentación de estos debates sobrepasa el tema de este artículo. Lo que me interesa aquí, simplemente, es indicar que no se refieren a los criterios de validez jurídica, sino que hacen parte de otro debate mayor sobre la posibilidad de descripción en las ciencias sociales, y sobre el tipo de disciplina adecuado para estudiar órdenes normativos como el derecho.

Como se ha repetido a lo largo de todo el texto, ninguno de estos debates es relevante para entender el fenómeno de las normas de *ius cogens*. Ambas teorías pueden describir estos principios y explicar no solo por qué existen, sino por qué son obligatorios, en caso de no ser exigibles. El problema de la obligatoriedad de las normas de *ius cogens* no indica diferencia alguna entre ambas escuelas más allá de la cuestión sobre el método propio de la teoría jurídica. En este sentido, el debate entre positivistas y iusnaturalistas debe encuadrarse, necesariamente, en la más amplia discusión sobre la metodología propia de las ciencias sociales.

4. CONCLUSIÓN

Al inicio de este artículo manifesté que el debate positivismo-iusnaturalismo se hallaba superado en varios de los temas que antes

⁵¹ Ver: Nicos Stavropoulos, "Hart's Semantics", en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 59-98.

⁵² Ver: Stephen Perry, "Hart's Methodological Positivism", en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 311-354.

⁵³ Para una explicación general sobre esta tesis, ver: Brian Leiter, "Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problema in Jurisprudence", en *American Journal of Jurisprudence*, 2003, 48, pp. 17-51.

⁵⁴ Para una adecuada discusión del positivismo normativo ver: Jeremy Waldron, "Normative (or Ethical) Positivism", en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 410-434.

suscitaban más polémicas. Es cierto que subsisten algunas controversias entre ambas teorías, en especial en lo relativo al estatus científico del derecho y al último criterio de validez –y a la posibilidad de que este exista– de los ordenamientos jurídicos. No obstante, y pese a lo vehemente que en ocasiones puede ser el debate entre positivismo y iusnaturalismo, la discusión sobre las normas de *ius cogens* sugiere que en realidad poco tiene que decir sobre problemas teóricos fundamentales en el derecho.

A lo largo del artículo hemos podido comprobar cómo positivistas y iusnaturalistas pueden aceptar la existencia de normas en virtud de su peso moral, la validez de normas injustas y el carácter moral de la pregunta sobre la obligación legal. Las controversias entre ambas escuelas recuerdan una anécdota que cuentan sobre Wittgenstein. En alguna ocasión, un estudiante le comentó al gran filósofo sobre lo estúpidos que debían parecer los seres humanos en la Edad Media al pensar que el sol giraba alrededor de la Tierra. Con un poco de sentido común y astronomía, ellos habrían podido descubrir que es la Tierra la que gira alrededor del sol. “De acuerdo”, contestó Wittgenstein, “... pero me pregunto cómo se vería la vida si el sol fuera el que girara alrededor de la Tierra”.⁵⁵ Es muy probable que en el futuro la teoría jurídica sea capaz de solucionar los debates entre positivistas y iusnaturalistas. Muy seguramente, sin embargo, una o un filósofo manifestarán que pese a lo equivocados que estábamos, el derecho se observaba igual desde las dos escuelas.

BIBLIOGRAFÍA

1. Austin, John, *The Providence of Jurisprudence Determined*, Richard Taylor, London, 1832.
2. Bix, Brian, “Traditional Natural Law Theory”, en John Arthur y William Shaw, *Readings in the Philosophy of Law*, Prentice Hall, New Jersey, 2006, pp. 112-116.
3. Burke, James, *The Day the Universe Changed*, Little Brown and Company, Boston, 1995.
4. Coleman, Jules, “Negative and Positive Positivism”, *Journal of Legal Studies*, 1982, 11, (1), pp. 139-164.



⁵⁵ La anécdota está descrita en James Burke, *The Day the Universe Changed*, Little Brown and Co., Boston, 1995, p. 11.

5. Coleman, Jules: "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory*, 1998, 4, (4), pp. 381-426.
6. Dworkin, Ronald, "Natural Law Revisited", *University of Florida Law Review*, 24, (2), pp. 165-188.
7. Ronald, Dworkin, "The Model of Rules I", en *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, pp. 14-46.
8. Dworkin, Ronald, "The Model of Rules II", en *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, pp. 46-80.
9. Ronald Dworkin, "Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, 24, (1), pp. 1-37.
10. Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980.
11. García Amado, Antonio, *Ensayos de filosofía jurídica*, Temis, Bogotá, 2003.
12. Gardner, John, "Legal Positivism, 5/2 Myths", *American Journal of Jurisprudence*, 2001, 46, (199), pp. 199-227.
13. George, Robert P., "Does Positivism Matter?", en *The Autonomy of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 57-78.
14. Grewe, Wilhem y Byers, Michael, *The Epochs of International Law*, De Gruyter, Nueva York, 2000.
15. Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
16. Hart, H. L. A., "Legal and Moral Obligation", en A.I. Melden (ed.), *Essays in Moral Philosophy*, University of Washington Press, Seattle, 1966, pp. 82-107.
17. Hart, H. L. A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 49-99.
18. Himma, Keneth Einar, "Inclusive Legal Positivism", en Jules Coleman y Scott Shapiro (eds.), *Oxford Handbook of Jurisprudence*, Oxford University Press, New York, 2004, pp. 125-165.
19. Himma, Kenneth Einar, "Legal Positivism and the Problem of Explaining Legal Obligation", en John Arthur y Steven Scalet (eds.), *APA Newsletter on Philosophy and Law*, 2006, 5, (2), 13-17.
20. Krasner, Stephen, *Soberanía, hipocresía organizada*, Paidós, Barcelona, 2001.
21. Leiter, Brian, "Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problema in Jurisprudence", en *American Journal of Jurisprudence*, 2003, 48, pp. 17-51.

22. Lyons, David, *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge University Press, London, 1984.
23. Marín Ortiz, Iris, *¿Límites al poder constituyente? Derechos humanos, constitucionalidad y democracia*, tesis de maestría, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009.
24. Marmor, Andrei, "No Easy Cases?", en Dennis Patterson (ed.), *Wittgenstein and Legal Theory*, Westview Press, Boulder, 1992, pp. 189-206.
25. Marmor, Andrei, "Exclusive Legal Positivism", en Jules Coleman y Scott Shapiro, *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 104-124.
26. Marmor, Andrei, *Social Conventions: From Language to Law*, Princeton University Press, Princeton, 2009.
27. Martínez Vargas, Juan Ramón, "Acercamiento conceptual y breve análisis del tratamiento jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana en el marco del derecho internacional público", en Ricardo Abello Galvis (ed.), *Derecho internacional contemporáneo*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, pp. 333-352.
28. Nieto Navia, Rafael, "Derecho imperativo internacional, derecho internacional humanitario y bloque de constitucionalidad", en Ricardo Abello Galvis, *Derecho internacional contemporáneo*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006, pp. 49-88.
29. Perry, Stephen, "Hart's Methodological Positivism", en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 311-354.
30. Postema, Gerald, "The Normativity of Law", en Ruth Gavision, *Issues in Contemporary Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1989, pp. 81-104.
31. Postema, Gerald, "Law's Autonomy and Public Practical Reasons", en Robert George (ed.), *The Autonomy of Law, Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 79-119.
32. Raz, Joseph, *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979.
33. Raz, Joseph, "Authority, Law, and Morality", en *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 210-238.
34. Raz, Joseph, "The Obligation to Obey: Revision and Tradition", en *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 341-355.
35. Richard, David A., "Terror and the Law", *Human Rights Quarterly*, 1983, 5, (2), pp. 171-185.

36. Shapiro, Scott, "The Difference that Rules Makes", en Brian Bix (ed.), *Analyzing Law, New Essays in Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1998, pp. 22-60.
37. Shapiro, Scott, "On Hart's Way Out", en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 149-192.
38. Shapiro, Scott, "The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed", en Arthur Ripstein (ed.), *Ronald Dworkin, Contemporary Philosophy in Focus*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 22-56.
39. Shauer, Frederick, "Positivism as Pariah", en Robert P. George (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 31-56.
40. Scheffer, Samuel (ed.), *Consequentialism and its Critics*, Oxford University Press, Oxford, 1988.
41. Stavropoulos, Nicos, "Hart's Semantics", en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 59-98.
42. Villar Borda, Luis, *Kelsen en Colombia*, Temis, Bogotá, 1991.
43. Waldron, Jeremy, "Normative (or Ethical) Positivism", en Jules Coleman (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 410-434.
44. Waluchow, W., "The Many Faces of Positivism", *University of Toronto Law Journal*, 1998, 48, (3), pp. 387-449.