

FERNANDO ATRIA

# LA FORMA DEL DERECHO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

# ÍNDICE

	Pág.
<b>AGRADECIMIENTOS</b> .....	17
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	19

## PRIMERA PARTE

### LA IRONÍA DEL POSITIVISMO JURÍDICO

<b>CAPÍTULO 1. UNA DISPUTA DE FAMILIA</b> .....	29
1. LOS DUROS .....	31
1.1. Validez <i>prima facie</i> .....	33
1.2. Potestades jurídicas limitadas y dirigidas .....	35
1.3. Definitividad e infalibilidad .....	37
2. LOS SUAVES .....	39
2.1. Positivismos suave por estipulación .....	42
2.2. Deformación como precio de la coherencia .....	45
2.3. Incerteza en la regla de reconocimiento .....	46
<b>CAPÍTULO 2. EL POSITIVISMO COMO TEORÍA DEL DERECHO MODERNO</b> .....	49
1. EL DERECHO MODERNO .....	50

	Pág.
2. EL DERECHO PRE-MODERNO .....	56
3. CONTRA «JUDGE & CO» .....	63
<b>CAPÍTULO 3. NEO-CONSTITUCIONALISMO COMO DERECHO PRE-MODERNO .....</b>	<b>67</b>
<b>CAPÍTULO 4. POSITIVISMO ÉTICO, TEÓRICO Y METODOLÓGICO .....</b>	<b>77</b>
1. EL POSITIVISMO «ÉTICO».....	77
2. LA DISTINCIÓN DE BOBBIO ENTRE TEORÍA, IDEOLOGÍA Y MÉTODO.....	79
3. EL «OBJETO» DE LA TEORÍA DEL DERECHO .....	85
4. UNA TEORÍA QUE SE JACTA DE SU SUPERFICIALIDAD .....	90
<b>CAPÍTULO 5. TRANSICIÓN A LA SEGUNDA PARTE .....</b>	<b>95</b>

## SEGUNDA PARTE

### LEGISLACIÓN, JURISDICCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

<b>CAPÍTULO 6. EL «FORMALISMO» DEL DERECHO MODERNO ....</b>	<b>101</b>
1. BENTHAM Y EL <i>COMMON LAW</i> : ACUMULAR INJUSTICIAS....	104
2. EL DERECHO MODERNO Y EL CICLO DE LA ADJUDICACIÓN.....	108
3. MONTESQUIEU: BOCAS DE LAS LEYES .....	111
4. SAVIGNY: EXPRESIÓN IMPROPIA Y EXPRESIÓN INCOMPLETA DE LA LEY .....	115
5. EL «FORMALISMO» Y SUS CRÍTICOS: UN SUBREPTICIO CAMBIO DE TEMA .....	118
6. LA TRANSFORMACIÓN DE LA IDEA MODERNA DEL JUEZ EN INSTITUCIONES Y SUS LÍMITES.....	124
7. INSTITUCIONES QUE SE VUELVEN CONTRA SÍ MISMAS.....	128

	Pág.
<b>CAPÍTULO 7. CONCEPTOS JURÍDICOS: ENTRE FUNCIÓN Y ESTRUCTURA .....</b>	133
1. CONCEPTOS ESTRUCTURALES, FUNCIONALES Y NOMINALES .....	136
2. LA INDIVIDUACIÓN DE LA ESTRUCTURA .....	138
3. LA RELEVANCIA DE LA ESTRUCTURA INDIVIDUADA .....	141
4. NO HAY CONCEPTOS JURÍDICOS PURAMENTE ESTRUCTURALES (EL «AGUIJÓN SEMÁNTICO») .....	141
5. ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS...	145
6. «ADMINISTRAR JUSTICIA» COMO FUNCIÓN .....	150
7. UNA TEORÍA GENERAL DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS .....	154
 <b>CAPÍTULO 8. LAS POTESTADES JURÍDICAS DEL ESTADO MODERNO. UNA RECONSTRUCCIÓN «DESDE ABAJO» .....</b>	 159
1. LA «PRIORIDAD» CONCEPTUAL DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.	160
2. LA SUPERFICIALIDAD COMO PRECIO DE LA CONMENSURABILIDAD .....	166
3. EL DERECHO COMO VOLUNTAD DEL PUEBLO. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO .....	169
4. LA ESTRUCTURA DEL DERECHO MODERNO Y SUS FORMAS DE LEGITIMACIÓN MATERIAL .....	174
 <b>CAPÍTULO 9. LA IDENTIFICACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL PUEBLO Y SU IMPROBABLIDAD .....</b>	 177
1. LA LEY COMO VOLUNTAD DEL PUEBLO .....	177
2. LA IDENTIFICACIÓN NO MEDIADA DE LA VOLUNTAD DEL PUEBLO .....	180
3. LA IMPLICACIÓN RECÍPROCA DE FUNCIÓN Y ESTRUCTURA .....	184
 <b>CAPÍTULO 10. ESTRUCTURAS DE LEGITIMACIÓN MATERIAL...</b>	 189
1. PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA Y PRINCIPIO COMISARIAL (JURISDICCIÓN Y ADMINISTRACIÓN) .....	189

	Pág.
2. LA POTESTAD ADMINISTRATIVA Y EL PRINCIPIO COMISARIAL .....	193
2.1. El «primer» mandatario .....	194
2.2. La ley y la Administración.....	196
3. LA POTESTAD JURISDICCIONAL Y EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA .....	199
3.1. Aplicación de la ley y sujeción concreta.....	203
3.2. No aplica la ley el que la aplica «mecánicamente» .....	206
3.3. La función judicial y su estructura: el poder judicial como un poder «inexistente y nulo».....	213
 <b>CAPÍTULO 11. EL CICLO DE LA ADJUDICACIÓN EN ACCIÓN.....</b>	 <b>219</b>
1. LOS PRESUPUESTOS Y LÍMITES DEL RAZONAMIENTO FORMAL .....	219
2. LA PRESIÓN ADAPTATIVA DE LA LEGITIMACIÓN MATERIAL .....	229
3. EL JUEZ COMO APLICADOR MECÁNICO, «AUTÓMATA».....	234
4. LA DOBLE FUENTE: EL CAMINO DEL AUTÓMATA AL COMISARIO.....	237
4.1. La transformación del autómeta en activista .....	238
4.2. La transformación del activista en comisario .....	240
5. NOTA I: SOBRE LAS FORMAS DE TRANSFORMACIÓN DEL ACTIVISTA EN COMISARIO .....	242
6. NOTA II: SOBRE EL «PRAGMATISMO».....	248
 <b>CAPÍTULO 12. LA LLAMADA «JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL» COMO CONCEPTO LÍMITE .....</b>	 <b>251</b>
1. LO QUE ESTARÁ EN DISCUSIÓN .....	251
2. LO QUE NO ESTARÁ EN DISCUSIÓN.....	254
2.1. La supremacía de la constitución.....	256
2.2. La existencia de derechos como límites a las decisiones mayoritarias .....	259
2.3. Evitar el terror: la « <i>reductio ad hitlerum</i> » .....	261
3. DE NUEVO: SE TRATA DE INSTITUCIONES, NO DE TEORÍAS.	262

	Pág.
<b>CAPÍTULO 13. LOS CONCEPTOS CONSTITUCIONALES COMO CONCEPTOS POLÉMICOS .....</b>	267
1. DERECHO Y CONFLICTO .....	269
2. EL CONFLICTO POLÍTICO .....	271
3. O REGLAS COMUNES O REGLAS DE APLICACIÓN IMPARCIAL: LOS CONCEPTOS POLÉMICOS .....	274
4. EL NEO-CONSTITUCIONALISMO COMO ANTICONSTITUCIONALISMO.....	277
4.1. Constitución y leyes constitucionales.....	278
4.2. La constitución como una ley (vaga).....	281
5. LOS CONCEPTOS CONSTITUCIONALES COMO CONCEPTOS POLÉMICOS .....	284
6. LA CONSTITUCIÓN: TODO O NADA.....	289
7. NOTA: SOBRE EL CONTROL CONCRETO Y EL CONTROL ABSTRACTO (MÁS SOBRE APLICACIÓN Y JUSTIFICACIÓN)...	292
 <b>CAPÍTULO 14. LA MORAL, LA POLÍTICA, LA CONSTITUCIÓN...</b>	 301
1. EL FORO DE LOS PRINCIPIOS.....	302
2. PRINCIPIOS Y POLÍTICAS .....	305
3. LA «TESIS DE LOS DERECHOS».....	310
4. INTEGRIDAD EN EL DERECHO .....	314
5. LA LECTURA MORAL DE LA CONSTITUCIÓN .....	318
 <b>CAPÍTULO 15. ESTRUCTURA Y FUNCIÓN EN CONTRADICCIÓN.</b>	 329
1. LA CONTRADICCIÓN, SU INESTABILIDAD Y SU SUPERACIÓN.....	332
2. LA BATALLA POR EL CONTROL DEL FORO DE LOS PRINCIPIOS .....	337
 <b>CAPÍTULO 16. TRANSICIÓN A LA TERCERA PARTE: LA POSIBILIDAD DE LA DELIBERACIÓN.....</b>	 343

## TERCERA PARTE

**VIVIENDO BAJO IDEAS MUERTAS**

<b>CAPÍTULO 17. LA VERDAD Y LO POLÍTICO</b> .....	359
1. LA PRIVATIZACIÓN FINAL .....	359
2. LA VERDAD Y SUS DIMENSIONES .....	364
3. EL MERCADO COMO PARADIGMA DE UN MUNDO PRIVATIZADO.....	366
4. SOBRE LA ACCIÓN ESTRATÉGICA.....	369
5. LA GRAMÁTICA DE LAS CREENCIAS.....	372
<b>CAPÍTULO 18. LA DEMOCRACIA Y LA AUTORIDAD DEL DERECHO</b> .....	379
1. LAS JUSTIFICACIONES «EPISTÉMICAS» DE LA DEMOCRACIA.....	379
2. LA DISOLUCIÓN DE LO MORAL EN LO POLÍTICO .....	380
3. LA DIMENSIÓN ANTICIPATORIA DE LAS INSTITUCIONES ....	384
4. LA POSIBILIDAD DE LO POLÍTICO.....	388
<b>CAPÍTULO 19. LA LEY NATURAL</b> .....	393
1. LA LEY NATURAL .....	395
1.1. La comunidad de la que la ley natural es ley .....	395
1.2. ¿Una idea «catastrófica»? .....	400
1.3. La necesidad de validación procedimental .....	402
2. CREENCIAS Y CERTEZAS .....	406
3. DELIBERACIÓN, CONSENSO Y REGLA DE MAYORÍA .....	408
4. <i>LEX INJUSTA NON EST LEX</i> .....	416
<b>CAPÍTULO 20. VIVIENDO BAJO IDEAS MUERTAS</b> .....	423
1. EL ENIGMA DE TODA CONSTITUCIÓN: LA IMPUTACIÓN DE LAS REGLAS DE IMPUTACIÓN.....	424
2. EL PUEBLO COMO HECHO INSTITUCIONAL .....	426
3. UN CONCEPTO PRE-INSTITUCIONAL DE «PUEBLO».....	428

	Pág.
<b>CAPÍTULO 21. SIGNIFICANDO IMPERFECTAMENTE.....</b>	433
1. TEOLOGÍA POLÍTICA .....	434
2. TEOLOGÍA NEGATIVA (I): LA CREACIÓN DEL MUNDO .....	436
3. TEOLOGÍA NEGATIVA (II): TEOLOGÍA POLÍTICA NEGATIVA.	439
4. SACRAMENTOS .....	443
5. EL PRINCIPIO PROTESTANTE.....	447
6. LA REVOLUCIÓN.....	450
<b>CAPÍTULO 22. EL PUEBLO Y SU VOLUNTAD .....</b>	455
1. LA METÁFORA DE LA VOLUNTAD.....	455
2. EL PUEBLO, PORTADOR DE UNA NEGATIVIDAD .....	461
3. EL PUEBLO COMO CONCEPTO POST-INSTITUCIONAL.....	464
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	467
<b>ÍNDICE ANALÍTICO .....</b>	481

## PRESENTACIÓN

En este libro no hay ideas nuevas. Para presentarlo quiero explicar por qué, a pesar de eso, o quizás precisamente por eso, creo que se justifica el esfuerzo.

Este es un libro que trata del derecho y sus formas. Pero lo hace en un ambiente intelectual especialmente hostil al formalismo, es decir, a una comprensión del derecho que entiende que sus formas son la clave de su inteligibilidad. Lo especial de esta hostilidad es que proviene de la práctica jurídica y la reflexión teórica sobre el derecho y no, por así decirlo, desde «fuera». La hostilidad a la que me refiero, en otras palabras, no es la indicada por Rudolf IHERING cuando notaba que «nada de pasmoso es [...] que el juicio del ignorante se muestre tan hostil al formalismo» (1998: 647). Como veremos, la exasperación del no-jurista ante el formalismo del derecho es algo que es esperable dados precisamente los modos de operación del derecho. Por eso, reiterando la observación de IHERING más de medio siglo después, Max WEBER entendió que esa protesta de los «particulares» frente al razonamiento jurídico «se renueva constantemente». Pero WEBER estaba en posición de ver algo adicional a lo afirmado por IHERING: que la protesta «encuentra apoyo incluso en el pensamiento de los mismos juristas acerca de su propia actividad» (1964: 652). Es a esta hostilidad a la que me refiero: a la hostilidad con la que la propia reflexión jurídica hoy mira al «formalismo», con la que el derecho se mira a sí mismo.

Así como WEBER afirmaba que el formalismo del razonamiento jurídico no era explicable por referencia a «una necesidad específica» de los abogados (1964: 652), la hostilidad que hoy la ciencia jurídica muestra hacia el formalismo no es una necesidad específica de esta. Esa hostilidad es también parte de lo que debe ser entendido. Ella es la marca de que el derecho ya no se entiende a sí mismo. En algún sentido este es el tema central de este libro, discutido

por referencia a la teoría del derecho en la primera parte, a la estructura del Estado moderno en la segunda, y a lo político en la tercera: para vivir juntos necesitamos formas, pero las formas tienden a volverse contra ellas mismas y a negar las condiciones de su propia inteligibilidad. Esta idea provee el hilo que recorre el argumento de *La Forma del Derecho*.

Toda forma es inteligible como la formalización de algo informe. Dicha formalización es definatoria del derecho. Al dar forma a lo que es informe, el derecho lo hace probable. Pero lo hace probable solo por la vía de excluirlo. El derecho solo puede cumplir esta función de hacer probable lo improbable en la medida en que las ideas pre-institucionales a las que las instituciones jurídicas dan forma devienen por eso operativamente irrelevantes. En virtud de esa irrelevancia operativa, la operación normal del derecho lleva al pensamiento jurídico a creer que puede prescindir de esas ideas informes (que pasan a ser vistas como «mitos» o «ideologías»), y entender las formas jurídicas a partir de ellas mismas solamente. Este es un paso funesto, porque si bien esas ideas han de ser operativamente irrelevantes ellas son condición de inteligibilidad de las formas jurídicas. Por eso cuando el pensamiento jurídico cree que puede liberarse de esas ideas, que son declaradas «ideológicas» o «mistificaciones», la forma degenerará en lo que, a falta de una palabra mejor, podemos llamar «ritualismo»: formas que se entienden como solo formas. En este momento esas formas devienen cáscaras vacías o, como diremos en la Tercera Parte, ideas muertas. La hostilidad actual de los juristas al formalismo es precisamente hostilidad a ideas muertas. Pero esta reacción hostil no se entiende a sí misma como el rechazo de formas muertas, sino como la superación de la idea misma de forma. Pretende negar que necesitamos formas para vivir juntos y funda en eso su rechazo al formalismo. Pero en eso yerra, y como las formas son necesarias esa crítica solo implica el reemplazo de una forma por otra, con el agregado adicional de que la solución no da cuenta del problema, y entonces lo reproduce.

La razón que justifica este libro es esta: este libro no pretende negar que nuestras instituciones son efectivamente ideas muertas. Lo que quiere es mostrar que el momento formal es condición de libertad, por lo que la hostilidad contra la forma es una hostilidad mal dirigida. Tiene que ser hostilidad hacia las ideas muertas. Pero explicar el sentido en el que la hostilidad debe ser redirigida es solo una parte del programa de *La Forma del Derecho*. La segunda parte, y probablemente más importante, es preguntarse qué es lo que se perdió al transformarse esas formas en ideas muertas, es decir, cuál era la idea informe que esas formas intentaban hacer probable. Esta pregunta es de capital importancia no solo porque es difícil identificar una patología sin tener claridad de cuál es la forma de existencia no patológica, sino adicionalmente porque eso que las formas intentaban hacer probable y en contra de lo cual se volvieron sigue siendo importante y «naturalmente» improbable. Nuestra

pregunta, entonces, será cuáles han de ser, en nuestra época, las formas que lo hagan probable. La respuesta, por supuesto, no tiene por qué ser la misma en todos los casos: a veces podremos revitalizar las mismas viejas instituciones, una vez que entendemos su relación con esa idea informe que hoy nos resulta invisible; en otras nuevas instituciones serán necesarias. La posibilidad de que ambas opciones hayan devenido imposibles, en nuestra época de globalización y de capitalismo avanzado, ha de estar siempre presente, recordándonos que lo político mismo es improbable, pero al mismo tiempo manteniendo presente la urgencia del esfuerzo.

Pero no hay ideas nuevas. Lo que el libro pretende es articular y ordenar lo que ya está, más o menos implícito, en nuestras instituciones. Por eso es un argumento que en su momento será descrito como construido «desde abajo», es decir, asumiendo las formas institucionales que caracterizan al derecho moderno e intentando articular una explicación acerca de su racionalidad.

Como está dicho más arriba, en cada una de las tres partes de este libro el tema es el mismo. Lo que cambia es el nivel de referencia. En la primera parte lo discutido es la teoría del derecho, en la segunda las potestades del Estado moderno, en la tercera lo político.

En los tres casos el punto de partida es el de una reflexión que se enfrenta a fórmulas vacías: en la primera parte, se trata de lo que hoy pasa como «positivismo jurídico», enfrascado como ha estado en los últimos años en una discusión estéril sobre la relación entre «derecho» y «moral». Esta discusión es estéril porque ha perdido completamente conciencia de por qué ese punto es, para la propia tradición positivista, importante. Pero no es posible entender lo que para la tradición positivista era importante mirándolo solo como un problema de teoría del derecho, como si la teoría del derecho fuera un intento de describir algo que es enteramente ajeno (anterior e independiente) a ella (la idea que se expresa diciendo que la teoría del derecho deja todo tal como estaba). Una teoría del derecho que se entiende a sí misma de ese modo se ha vuelto contra sí misma en el mismo sentido en el que las formas devienen ideas muertas. Para hacer inteligible esa tradición, entonces, es necesario ampliar la mirada a la forma del Estado moderno y, en particular, a la articulación de sus potestades características. La necesidad de esa primera ampliación marca el paso a la segunda parte. La discusión interrelacionada de esas potestades (legislativa, jurisdiccional y administrativa) hoy no es tema de la teoría del derecho, que cree que nada sustantivo se juega en la caracterización de cada una. Pero, de nuevo, ese es su error.

Habiendo examinado la estructura formal del Estado moderno, sin embargo, llegaremos al mismo problema con el que la primera parte termina: veremos que esas estructuras no pueden dar cuenta de sí mismas. Lo que es lo mismo que decir: consideradas en sí mismas, son ideas muertas. En ese punto

será necesario ampliar aún más la mirada, lo que constituye el paso a la tercera parte. En efecto, para entender la estructura formal del Estado moderno es necesario entender la idea de que el derecho es la voluntad del pueblo. Pero para poder hablar de la voluntad del pueblo es necesario entender el modo de significación que caracteriza al discurso político, que es el de la teología política. El problema de nuestro lenguaje político es el mismo que hoy afecta al lenguaje teológico: no entendemos el modo especial en que dicho lenguaje, que pretende dar historicidad a algo que trasciende la historia, significa. En el caso de la teología, esa incompreensión de su modo de significación es ocultada por el hecho de que creemos que entendemos el modo en que ese lenguaje significa, y entonces la teología es la descripción de un mundo fantástico y mágico en que vírgenes pueden parir, dioses portentosos pueden crear el universo en solo siete días, etc. Pero lo que es así descrito no es teología, sino idolatría. En el caso de lo político, también creemos que el modo de significación del lenguaje político es claro y nuestro problema es solo saber si sus descripciones son, de hecho, correctas: ¿es la ley la voluntad del pueblo o la de los poderes fácticos o grupos de presión, etc.? El punto no es tomar partido respondiendo positiva o negativamente esta pregunta. El punto central es entender la pregunta.

Como vemos, en los tres casos el punto de partida es el de una tradición que no puede entender su relación con su propia historia o mejor, que no ve que sea necesario entender a su propia historia para dar sentido a lo que ha recibido. El primer paso para entender qué es lo que está en juego, entonces, es intentar desentrañar el sentido de eso que hoy nos parece ininteligible: el sentido de la insistencia positivista en la distinción entre «derecho» y «moral» (en la Primera Parte), o de la distinción entre legislación, jurisdicción y administración (en la Segunda), o de la idea de que el pueblo y su voluntad son los únicos fundamentos posibles de lo político (en la Tercera). Luego será necesario preguntarse si dadas nuestras condiciones de vida esas ideas siguen teniendo sentido y, en caso afirmativo, si las formas que pretenden hacerlas probables son las que hemos recibido o es necesario pensar en formas nuevas.

Esta cuestión final, que uno podría llamar programática, no será desarrollada en este libro. Ronald DWORKIN dijo alguna vez que la teoría del derecho es el prólogo silencioso a toda decisión judicial. Una vez corregido el error característico del pensamiento dworkiniano (que confunde lo judicial con lo político), podemos decir que la teoría del derecho es el prólogo silencioso a toda acción política. En este sentido, este libro pretende articular dicho prólogo (para lo que viene después del prólogo, véase ATRIA, 2013c y ATRIA, 2014).

PRIMERA PARTE

**LA IRONÍA DEL POSITIVISMO JURÍDICO**

El positivismo jurídico es una teoría del derecho que no puede ser entendida sin referencia al derecho moderno como conquista política (capítulo 2). Pero no es así como es hoy entendido. Hoy el positivismo jurídico es entendido como una teoría acerca del concepto de derecho, que se desentiende de los sistemas jurídicos realmente existentes y se preocupa de los sistemas jurídicos posibles o concebibles (capítulo 1). Pero esto carece de sentido, porque el derecho no es algo que puede ser descrito sin que la descripción cambie el objeto descrito (capítulo 4). La teoría del derecho no deja al derecho tal como estaba. Rechazar la plausibilidad de una teoría del derecho puramente conceptual o descriptiva abre el camino a otra cuya preocupación central es su contribución a la mantención del sentido que es posible encontrar detrás de nuestras prácticas jurídicas, si es que es posible encontrar alguno. El positivismo así entendido se concentra, por eso, en la formalidad y la autonomía del razonamiento jurídico. La razón por la cual la formalidad y la autonomía del derecho son importantes no es que solo ellas aseguran niveles aceptables de certeza y seguridad, que es la usualmente invocada en estos contextos. En la versión que intentaré defender, el positivismo jurídico es una comprensión del derecho funcional al autogobierno democrático. En efecto, el autogobierno democrático solo es realizable si es posible una forma de discurso jurídico formal y (en este sentido) autónomo, cuya auto-comprensión corresponde al positivismo jurídico. Para ser estable, esa auto-comprensión debe proveernos de los recursos suficientes para evitar el formalismo que caracterizó al pensamiento jurídico europeo del siglo XIX y reconocer que nuestras prácticas políticas son tales, que los jueces simplemente no pueden ser «meras» bocas que pronuncian las palabras de la ley. Pretender defender esta concepción de la adjudicación lleva a la inestabilidad de la práctica jurídica, a lo que en el capítulo 6 llamaremos «el ciclo de la adjudicación». La necesidad de una teoría del derecho que rescate la contingencia y autonomía del derecho moderno es particularmente aguda en la actualidad cuando empieza a consolidarse un paradigma alternativo llamado, a veces, «neo-constitucionalismo» (capítulo 3). El neo-constitucionalismo constituye, por razones que serán expuestas en su

momento, una involución a formas jurídicas pre-modernas que, en las circunstancias actuales, implica la disolución del derecho. Para resistirlo se necesita una teoría que, como el positivismo del siglo XIX, entienda a la ley como la forma más plena de manifestación del derecho pero que, a diferencia de él, evite reducir la adjudicación a una actividad mecánica que pierda de vista los casos particulares involucrados. El positivismo jurídico como tradición tiene los recursos para hacer esto, pero hoy ha devenido una teoría (o «escuela») que reniega de lo que le dio originalmente sentido. Es esa tradición la que debe ser rescatada de quienes hoy reclaman la etiqueta. Este es el programa de la primera parte.

## CAPÍTULO 1

### UNA DISPUTA DE FAMILIA

Desde un tiempo a esta parte en la teoría del derecho ha surgido una curiosa disputa de familia entre los así llamados «positivistas». Es hoy un lugar común ver el origen de esta disputa en el ataque que la familia sufrió en la forma de la crítica de Ronald DWORKIN a *The Concept of Law* de H. L. A. HART. Los argumentos de DWORKIN se concentraron originalmente en lo que él llamó «principios», cuya validez se fundaba en su corrección material y no en el hecho de ser formalmente reconocidos conforme a una regla de reconocimiento. Más adelante habrá que volver sobre esta caracterización de los «principios», pero por ahora podemos asumirla sin cuestionarla. Enfrentado a los principios, HART parecía forzado a elegir una de dos posiciones igualmente insatisfactorias: o declaraba que los principios eran inválidos en tanto no fueran reconocidos por la regla de reconocimiento, o aceptaba que algunas normas jurídicas podían ser válidas en virtud de sus méritos sustantivos (por ser justas, correctas, imparciales, etc.), aun cuando no pudieran ser reconocidas formalmente.

HART, por desgracia, no vivió lo suficiente para entregar su propia respuesta final y reflexionada al desafío<sup>1</sup>, el que entonces pasó a sus herederos. De aquí arranca la disputa de familia. Algunos positivistas adoptaron una línea de respuesta conciliadora, «suave» o «blanda», aceptando que los principios podían ser parte del derecho a pesar de ser reconocidos por su contenido. Para

---

<sup>1</sup> Lo que después fue publicado como el *postscriptum* a su libro principal quedó inconcluso y hay razones para pensar que de haber tenido la posibilidad de revisarlo antes de la publicación habría hecho cambios sustantivos (véase DWORKIN, 2004b: 1). En su celebrada biografía de HART, Nicola LACEY muestra que HART nunca estuvo satisfecho de haber encontrado el modo de responder a DWORKIN (LACEY, 2004: 350-353).

esto era necesario defender una caracterización más débil, y entonces más inclusiva, del clan. Conforme a esta el positivismo jurídico es una familia de teorías jurídicas unidas por la tesis de que no hay una conexión *necesaria*, lo que no necesita negar una conexión *contingente*, entre el derecho y la moral. Otros adoptaron la estrategia «estricta» o «dura» de negar a los principios estatus jurídico *tout court* y parapetarse en la versión más fuerte de la teoría, según la cual el derecho no solo está basado en fuentes sociales, sino que es válido *porque* está basado en esas fuentes, de modo que los principios, cuando su validez se funda en que son sustantivamente correctos y no en alguna fuente, no son derecho válido.

Lo que siguió es el patrón usual de las disputas de familia: los suaves sostuvieron que la familia no sobreviviría a menos que adoptara su visión más «inclusiva» de sí misma, mientras que los duros retrucaron que los suaves se estaban rindiendo al oponente. Cada bando se hizo fuerte en uno o varios departamentos universitarios y organizó sus seminarios y «*journals*». La disputa continuó y continúa.

Observo esta controversia no como un extraño. Más abajo, espero, quedará claro por qué me veo como un pariente lejano, que vuelve a casa después de cierto tiempo y ve con desazón que ambos bandos, como usualmente ocurre en las disputas de familia, pierden de vista lo realmente importante, de modo que por defender a la familia según cada uno la entiende están inconscientemente traicionando la idea misma que la animaba. En efecto, hoy esta idea está bajo un serio ataque representado por el así llamado «neo-constitucionalismo». Este es el desafío que debe importar a los «auténticos» positivistas jurídicos. La paradoja está en que sus disputas de familia han llevado a los «positivistas» contemporáneos no solo a ignorar esto, sino a contribuir positivamente a la erosión del espíritu original del positivismo.

El problema, ha de notarse, no es que haya una conexión interna entre «positivismo» y neo-constitucionalismo en el sentido de que uno ha llevado al otro. El problema es que el neo-constitucionalismo echa por la borda lo que es importante en la tradición positivista, con total indiferencia respecto del sentido de eso. Y uno esperaría que los positivistas fueran sensibles a esto, y entonces se preocuparan de preguntarse si efectivamente eso que es importante puede hoy darse por sentado e ignorado, como hace el neo-constitucionalismo, o si es todavía importante, aun cuando hoy necesite ser reformulado o desarrollado en un sentido en vez de otro, etc. Pero en vez de hacer eso, se dedican, como veremos, a discutir las características necesarias de sistemas jurídicos imaginarios.