



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias del Derecho

ANÁLISIS E HISTORIA DEL PROBLEMA DE LA DEMARCACIÓN Y SU SUPERACIÓN EN LA TEORÍA DEL DERECHO

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales**

Autor:

Mario Eugenio Jarpa Espinoza

Profesor Guía:

RICARDO CAMARGO BRITO

Santiago de Chile

2017

*A mis padres, por su inconmesurable
e incondicional apoyo; y a Verónica,
por su inigualable entrega.*

Tabla de contenido

	Página
INTRODUCCIÓN	1
 CAPÍTULO I	
ORÍGENES DEL PROBLEMA DE LA DEMARCACIÓN Y SU IMPORTANCIA EN LA TEORÍA DEL DERECHO.....	4
1.1. Consideraciones previas.....	4
1.2. Antecedentes históricos del problema.....	8
1.3. Hans Kelsen y el auge del positivismo jurídico.....	13
 CAPÍTULO II	
LA DESFORMALIZACIÓN DE LA TEORÍA DEL DERECHO Y SU EVOLUCIÓN.....	24
2.1. H.L.A. Hart: La tradición analítica en la filosofía del derecho.....	24
2.2. La importancia del análisis conceptual en la obra de H.L.A. Hart.....	25
2.3. Derecho y Moral: Una conexión meramente contingente.....	32
2.4. Ronald Dworkin y la determinación del derecho por criterios de moralidad...	40
2.5. La diatriba contra las posiciones “arquimedeanas”: el derecho no tiene ADN.....	50
2.6. John Finnis y las exigencias de la razonabilidad práctica que irrogan al derecho.....	53
 CAPÍTULO III	
LA HISTORICIDAD DEL FENÓMENO JURÍDICO.....	62
3.1. Sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de la moral.....	62

3.2. Sobre la esencia o naturaleza del derecho.....	65
3.3. ¿Es apropiado analizar al derecho en función de atributos esenciales?.....	70
3.4. La importancia detrás del Problema de la Demarcación.....	76
CONCLUSIONES.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	88

“La justicia llegará en el más allá.

Aquí en la Tierra, lo único que existe es la ley”

Bernard O' Mahoney.

Introducción

El presente trabajo tiene por objeto realizar una revisión crítica de las principales propuestas teóricas que se han formulado en torno a lo que se ha denominado como el Problema de la Demarcación, en la filosofía del derecho de los últimos doscientos años. La mencionada problemática persigue contestar a la siguiente pregunta: cómo distinguir entre los dos principales sistemas normativos de las sociedades humanas, esto es, el derecho y la moral. Es a partir de esta cuestión que han surgido las principales discusiones que han dominado el panorama iusfilosófico occidental, y que han permanecido vigentes hasta el día de hoy, en acalorados debates, aunque restringidos principalmente a los círculos académicos. Entre estas interrogantes, podemos mencionar la siguiente: ¿Acaso el derecho manifiestamente injusto, merece ser calificado como tal? Ya sea que respondamos afirmativa o negativamente a este asunto, el tema de fondo vendría a ser, si acaso existe una conexión conceptual necesaria entre ambos órdenes de conducta humana.

Más allá de las argumentaciones teóricas, ¿Por qué habría de tener importancia práctica este problema? Si establecemos una conexión conceptual entre derecho y moral, esto implica que la validez jurídica de una norma depende de su corrección moral, lo cual trae como consecuencia trasladar los criterios de obligatoriedad de las normas a una cuestión de contenido moral, no al cumplimiento de determinados requisitos procedimentales, cual es el paradigma vigente. Este trabajo también se propone cuestionar la fuerza de tal argumento, o más directamente, argumentar en contra de él.

Así las cosas, corresponde efectuar una revisión a este clásico problema, que nos permita no ya formular una respuesta a la pregunta inicial, sino cuestionar si acaso vale la pena plantear respuesta alguna al problema de la demarcación, lo cual significa objetar su importancia y vigencia en la teoría del derecho del siglo XXI. De esta forma, el principal objetivo de este trabajo es plantear no una solución, sino una superación a este problema en la teoría del derecho, afirmando que constituye una disputa que, en última instancia, carece de sentido.

Las razones que han motivado la elección de este tema se originan con mi propia formación académica, en que la tesis de la separabilidad entre derecho y moral, tributaria del positivismo jurídico, es aceptada prácticamente sin cuestionamiento alguno, al igual que esta corriente de pensamiento y la gran mayoría de sus principales postulados. Junto con esto, se ha fomentado una visión extremadamente escolástica del fenómeno jurídico, virtualmente desvinculado de la realidad social, y concebido bajo las mismas lógicas que rigen a las disciplinas estrictamente científicas.

De lo que se trata, en el fondo, junto con desarrollar un argumento escéptico en torno al problema, es de reivindicar una concepción del derecho en permanente diálogo con las exigencias del mundo social. El problema crucial no es la estructura de las normas, sino lo que ocurre cotidianamente en los tribunales de justicia, no la delimitación entre las normas jurídicas y morales, sino cómo el derecho responde, efectivamente, a los imperativos más básicos de justicia. De esta forma, este trabajo también se alza como una crítica al positivismo jurídico formalista, y en especial, a la extrema academización del derecho.

Siguiendo este lineamiento, lo que entendemos por “realismo jurídico” son todas aquellas posturas en filosofía del derecho que han dado las respuestas más importantes en este sentido, que prefieren poner a los actos jurídicos efectivos, a sus fuentes, características y consecuencias, como su objeto propio de reflexión, antes que a las normas, o sistemas de normas, o a sus pretensiones de justicia. Así, es momento de enfocarse en la operatividad del fenómeno jurídico, como un conjunto motivacional recíproco dotado de sentido, como un todo de significación.

Enfocarse en la operatividad institucional del derecho y en la eclipsada importancia que presentan los factores extrajurídicos en el funcionamiento real de los tribunales. El problema crucial no se centra en lo que pensamos del derecho y la moral, sino en lo que hacemos, en abordar las cuestiones prácticas de manera directa.

El primer capítulo se titula “Orígenes del Problema de la Demarcación y su importancia en la Teoría del Derecho”. Se desarrolla un marco conceptual que provea las herramientas teóricas necesarias para enfrentarse al problema, con sus antecedentes históricos, y enfocándose en el auge del positivismo como corriente de pensamiento filosófico, y particularmente en clave iusfilosófica, que es lo que nos compete. El enfoque escogido se explica debido a que esta corriente de pensamiento, -el positivismo jurídico clásico- es la que ha ofrecido la primera respuesta más importante en torno al problema.

El segundo capítulo se titula “La desformalización de la Teoría del Derecho y su evolución”. Se presentan las principales ideas en torno al tema desarrolladas por tres autores canónicos de la filosofía del derecho del siglo XX: H.L.A. Hart, Ronald Dworkin y John Finnis. La elección se fundamenta principalmente en dos razones: la notoria influencia que todos han ejercido en la disciplina, y el ser representantes de líneas de pensamiento disímiles entre sí, esto es, el positivismo blando o incluyente, el no-positivismo¹ y el iusnaturalismo, respectivamente. A partir de esta exposición se busca desarrollar un análisis crítico de sus ideas matrices.

El tercer capítulo se titula “La historicidad del fenómeno jurídico”. Se realiza un despliegue crítico que propone una superación del problema de la demarcación en la filosofía del derecho, al amparo de una visión realista del derecho, centrada en su operatividad práctica, más que en su conceptualización o en la determinación de sus límites.

¹ Al respecto, la teoría de Dworkin muestra un marcado carácter *sui generis*. Difícilmente clasificable, lo cual da cuenta de su originalidad.

Capítulo I: Orígenes del Problema de la Demarcación y su importancia en la Teoría del Derecho

Resumen: El propósito central de este capítulo es el de efectuar una revisión histórica, con un enfoque crítico, de los orígenes del Problema de la Demarcación, desde la epistemología hasta la teoría jurídica moderna, desde sus inicios hasta la irrupción del positivismo en su versión formalista. A lo largo de la historia de la filosofía del derecho, se han ofrecido dos respuestas a la problemática en cuestión: la tesis de la separabilidad y la tesis de la vinculación, entre derecho y moral. Sin embargo, la filosofía jurídica moderna inicialmente se vio dominada por la primera tesis. Interesa describir la evolución de esta doctrina durante la primera mitad del siglo XX, y cómo se verá matizada a partir de determinados eventos históricos que propiciaron una reevaluación de sus formulaciones, en un contexto que impulsó la elaboración de visiones que recogerán la dimensión más “humana” del derecho, esto es, apelando a cuestiones sustantivas, antes que meramente formales.

1.1. Consideraciones previas

La historia de la filosofía occidental, desde sus inicios, se ha visto cruzada por intentos sostenidos y permanentes por delimitar distintos ámbitos del saber, y en último término, de la realidad. Así, uno de los antecedentes más remotos de esta problemática es la propuesta por diferenciar al conocimiento verdadero (*episteme*) de la mera opinión (*doxa*), lo cual viene a constituir el germen de todo problema epistemológico, en el marco de la tradición del pensamiento occidental. Dentro de la modernidad, el filósofo alemán Immanuel Kant fue uno de los primeros en formular la clásica distinción epistemológica entre empiristas y racionalistas, clave para aproximarse a la filosofía moderna, ya que desde René Descartes y Francis Bacon, prácticamente todos los filósofos posteriores, hasta Kant, habían adscrito a alguno de ambos lineamientos. Su irrupción constituyó una forma completamente

nueva de resolver el problema del conocimiento, tanto que condujo al propio Kant a afirmar que su giro, desde un análisis de cómo nuestras representaciones deben conformarse a un objeto independiente de la mente en que todo el debate racionalista-empirista estaba atrapado a otro acerca de cómo el objeto debe conformarse a las condiciones de posibilidad de nuestro conocimiento, constituía una verdadera revolución copernicana en epistemología². Sistematizó y distinguió intentos por fundamentar el saber. A su vez, Kant propuso los términos Razón Teórica y Razón Práctica para clasificar a los dos grandes problemas del pensamiento moderno, esto es, la epistemología y la ética, respectivamente.

Hemos sido testigos de un constante afán por demarcar los límites de cada saber y disciplina. La importancia del problema ligado a lo que denominamos Criterio de Demarcación ha estado, al parecer, siempre presente. Sin embargo, no es sino hasta el siglo XX en que este fenómeno cobra nuevos ribetes, y una atención mayúscula de parte de los círculos académicos, aunque más bien limitada a un problema particular: diferenciar qué es ciencia, de aquello que no lo es. O bien, distinguir a la ciencia de la filosofía, o de la metafísica. Dentro de este contexto, este problema filosófico recibe una denominación especial: el Problema de la Demarcación. El Falsacionismo de Karl Popper, la Teoría de los Paradigmas de Thomas S. Kuhn, el Anarquismo Epistemológico de Paul Feyerabend y la Teoría de los Programas de Investigación de Imre Lakatos son algunas de las propuestas teóricas más importantes que han pretendido definir los límites de toda ciencia que se precie de tal, o de presentar su verdadera naturaleza o carácter.

El debate en torno al carácter de la ciencia, sus fundamentos, y la posibilidad de un saber verdadero, certero y eterno, no ha sido pacífico. Por lo demás, no se vislumbra señal alguna que dé cuenta de un cambio en este panorama. Habiendo realizado esta revisión, el diagnóstico dentro de la filosofía de las ciencias es desalentador en este sentido, esto es, en encontrar una respuesta al problema.

² CAMARGO, Ricardo. *El sublime objeto de la ideología*. Ediciones Metales Pesados. (2011). 103p.

Ahora bien, al interior de la filosofía del derecho, que es lo que nos compete, esta misma problemática ha adoptado ribetes especiales, ya que los filósofos del derecho han estado ocupados en la especificación de las diferencias entre dos sistemas de guía normativos que son omnipresentes en todas las sociedades humanas modernas: el derecho y la moral, y que ha sido el problema dominante para la filosofía del derecho, para el cual la teoría denominada positivismo jurídico ha ofrecido la respuesta más importante³. Sin temor a exagerar, probablemente éste ha sido el debate más recurrente dentro del área.

Otra forma –más ortodoxa- de referirse al problema de la demarcación en clave iusfilosófica es el problema de la vinculación o separabilidad entre ambas esferas. El postulado básico del positivismo jurídico al respecto, es que existe una virtual separación entre derecho y moral, hallándose vinculadas, en el mejor de los casos, por una conexión contingente, el cual es a su vez el principio básico del llamado positivismo “blando” o incluyente. En otros términos, la validez jurídica de una norma no puede depender de que sea moralmente válida en todo sistema jurídico que se precie de tal. Así las cosas, todo positivista habría de adscribir a la tesis de la separación entre derecho y moral, para inscribirse claramente dentro de esta tradición. Sin embargo, ésta es sólo una condición necesaria, mas no suficiente. Así, el autor alemán Robert Alexy ha defendido que es imposible ser un positivista sin estar de acuerdo con la tesis de la separación. Por lo tanto, la tesis de la separación está necesariamente presupuesta por el positivismo jurídico⁴. Por su parte, la corriente con la que ha estado en pugna el positivismo, esto es, el iusnaturalismo, ha ofrecido la respuesta contraria: no es posible disociar a las normas jurídicas de las exigencias morales más básicas, ya que la ley humana no puede contravenir la ley natural. En presencia de este vicio, la ley humana no es ley en lo absoluto. Así también, se ha sostenido que de acuerdo a los positivistas, los hechos jurídicos, en última instancia, están determinados exclusivamente por

³ LEITER, Brian. “El problema de la demarcación en la teoría del derecho: una razón más a favor del escepticismo”, en: *Neutralidad y teoría del derecho*. Ed. Marcial Pons. (2012). 223p.

⁴ ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Ed. Marcial Pons. (2008). 61p.

hechos sociales. Los iusnaturalistas, por su parte, afirman que los hechos jurídicos están determinados en última instancia por hechos morales y hechos sociales⁵.

Los positivistas han calificado a las doctrinas del Derecho natural de creencias basadas en ideas metafísicas o religiosas incompatibles con principios del pensamiento científico; y por su parte, los iusnaturalistas han acusado a sus adversarios de falta de comprensión del reino del espíritu y de los valores, un reino que es bien real aunque no pueda ser descubierto o descrito por medio de la experiencia sensorial⁶. La diferencia fundamental entre ambas vías se encuentra, ante todo, en su postura ante los valores y la posible relación de éstas con el derecho. Ante todo, el debate no se centra en si existe una relación meramente fáctica, ya sea en su sentido histórico, sociológico o psicológico, que nadie pone razonablemente en duda. La cuestión más relevante reside en si acaso hay una vinculación conceptual entre derecho y moral, esto es, una conexión necesaria y no meramente fáctica. Al analizar las ideas, incluso de los más acérrimos autores positivistas, es siempre posible desprender afirmaciones sobre las significativas conexiones empíricas entre derecho y moral como fenómenos sociales.

La teoría del positivismo jurídico es usualmente considerada como analítica, descriptiva y explicativa. El sentido del positivismo jurídico, desde este punto de vista, es proporcionar una precisa caracterización del derecho tal como éste es en realidad, en lugar de como debe ser. Esto, se supone, se sigue de la insistencia positivista en que la teoría del derecho natural niega la distinción lógica entre descripción y prescripción y, en particular, confunde el análisis del derecho con su crítica⁷.

Como bien sugiere el filósofo realista Brian Leiter, el resultado de la pugna ha dado como indiscutible vencedor al positivismo jurídico, cuyos postulados se han tornado prácticamente incuestionables por la academia, e incluso, ha conquistado

⁵ SHAPIRO, Scott J. “¿Qué es el derecho (y por qué debería importarnos)?”, en: *Neutralidad y teoría del derecho*. Ed. Marcial Pons. (2012). 305p.

⁶ ROSS, Alf. “El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural”, en: *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*. Año 6, número 12. (2008). 199p.

⁷ CAMPBELL, Tom. *El sentido del positivismo jurídico*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. (1989). 5p.

las concepciones más básicas que sostienen el común de las personas sobre el derecho en su totalidad. La visión del iusnaturalismo, bien podría recibir el calificativo de ingenua, o incluso de ridícula, de parte de gran parte de la sociedad. Al hablar de derecho, parece inevitable asociar el concepto de inmediato con las leyes y normas emanadas desde la autoridad estatal, -o en el mejor de los casos, desde organismos internacionales- escrituradas en Códigos y demás cuerpos legales, “puestos” en el mundo, desde la autoridad y esperando ser descubiertas por la ciudadanía en un conjunto cerrado de fuentes. No por nada el origen etimológico de la palabra positivismo viene de algo que se “pone” en la realidad (puesto). Al ser así, asumimos y damos por supuesto que corresponde a una agencia humana y que por ende, toda ley no puede sino ser humana, o al menos aquellas que sean de carácter jurídico. Evidentemente, cuando el iusnaturalismo habla de la ley natural, no se refiere a la ley de gravitación universal.

Cabe agregar que resulta criticable la forma en que se ha acostumbrado a presentar el panorama de la teoría jurídica en la academia, esto es, como una dicotomía. Criticar al positivismo no implica necesariamente abogar por una reivindicación de los principios del derecho natural. Existen visiones que no pueden enmarcarse en ninguna de ambas formas de concebir el fenómeno jurídico, v. gr: el realismo jurídico, las teorías libertarias del derecho. Sin ir más lejos, quien es considerado uno de los filósofos del derecho más connotados del pasado siglo, Ronald Dworkin, no podría encasillarse en ninguna de ambas corrientes. El positivismo ha sido influyente a tal grado, que la forma más fácil de clasificar a Dworkin es bajo la simplista denominación de “no-positivista”. Más allá de lo indicado, interesa brindar una visión general del problema, el cual se ha manifestado como esta permanente pugna entre positivismo e iusnaturalismo, en torno a la vinculación entre derecho y moral, su gran bandera de lucha.

1.2. Antecedentes históricos del problema

Los antecedentes más remotos de la teoría jurídica moderna se remontan al siglo XIX, con la irrupción de las ideas de John Austin y Jeremy Bentham. Se inicia una fractura metodológica, entre consideraciones del ser y el deber ser. En palabras del filósofo del derecho Alf Ross, el grito de guerra de Austin será: La existencia del derecho es una cosa, otra cosa es su mérito o demérito⁸. Esto significa, en buenas cuentas, que el derecho es un hecho, esté o no en armonía con una serie de principios. El mismo autor afirma, de una manera bastante perentoria, que el objeto propio de la teoría del derecho es el derecho positivo, el derecho simple y estrictamente así denominado: o el derecho establecido por sujetos políticamente superiores para sujetos políticamente inferiores. Ambos autores se manifestaron hostiles a la idea de que los seres humanos posean derechos naturales, de carácter pre-legal, no garantizados por un orden positivo.

En relación a este punto, cobra relevancia la tesis sostenida por el autor italiano Luigi Ferrajoli, siendo posible distinguir tres paradigmas de derecho: el pre-moderno, el Estado legislativo de Derecho y el Estado constitucional de Derecho. Estos paradigmas se diferencian entre sí, -entre otras cosas- por las diversas concepciones que cada una sostiene de la naturaleza y estructura del derecho. El paradigma pre-moderno entendía que la validez del derecho dependía del “desarrollo y actualización” de las categorías tradicionales cuya validez a su vez dependía no ya de la forma de su producción, sino de la intrínseca racionalidad o justicia de sus contenidos. El Estado legislativo reemplaza esta fuente de autoridad del derecho por la autoridad del Estado⁹. Con la irrupción del paradigma moderno, somos testigos de un tránsito caracterizado por una evolución de las formas y concepciones que sustentan el sustrato de lo “jurídico”. El derecho comienza a librarse de sus viejas ataduras con lo “moral”, iniciando una nueva hermandad con el concepto de lo “político”, entendiendo a lo político, por supuesto, a los actos que emanan única y exclusivamente de la autoridad estatal. Para Bentham, el derecho pre-moderno presenta un carácter “semi-bárbaro”.

⁸ ROSS, Alf. Op. Cit. 202p.

⁹ ATRIA, Fernando. “La ironía del positivismo jurídico”. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 27 (2004). 120p.

Volviendo a Austin, el autor desarrolla una comprensión empirista de la realidad, asumiendo una suerte de monismo ontológico. De acuerdo a esta visión, toda pregunta conduce a una respuesta única, y el ser humano es capaz de alcanzarla. A modo de ilustrar más aun el panorama académico de la época, en el año 1918, en *Allgemeine Erkenntnislehre*, Moritz Schlick, fundador del Círculo de Viena, formulaba la doctrina de la manera siguiente: “Puesto que la ciencia puede, en principio, decirnos todo lo que puede ser dicho, no hay ninguna pregunta que resulte incontestable”¹⁰. Esta escuela de pensamiento luchó contra la metafísica que suponía que contaminaba la pureza de la ciencia con proposiciones sin sentido. Surge la metafísica como antagonista de la ciencia.

Parece coherente afirmar que ha sido éste el paradigma dominante en el pensamiento occidental, desde la Ilustración hasta nuestros días. Apela a una coherencia estructural del mundo.

Siguiendo esta línea, una forma de reducir la diversidad del fenómeno jurídico y de aproximarse a éste, en base a una noción o marco teórico, es definirlo bajo el rótulo –extremadamente básico- de Órdenes Respaldadas por Amenazas: órdenes coercitivos promulgadas por el soberano y respaldadas por la amenaza de la sanción. En otras palabras, de lo que se trata es de responder una pregunta crucial: ¿Qué hace que el derecho sea lo que es? Encontrar lo “jurídico” del derecho, así como buscar la “tigredad” del tigre. Este ejercicio teórico supone una reducción y simplificación de problemas a su elemento más esencial, y de esta manera facilitar su análisis, identificándose por su carácter empirista, externo y observacional. La misma noción de “analítico” refiere a la descomposición en elementos, esto es, fragmentar las nociones a sus elementos más básicos. Este monismo se configura como el origen del científicismo analítico, estrechamente ligado al positivismo como corriente teórica global, el cual posteriormente se materializará en clave jurídica. Dentro de este contexto, y en relación a lo anterior, se empieza a conformar una de las tradiciones filosóficas más importantes del siglo XX: la tradición analítica, la cual tendrá una influencia clave en el desarrollo

¹⁰ STROLL, Avrum. *La filosofía analítica del siglo XX*. Siglo Veintiuno de España Editores. (2003). 1p.

de la filosofía jurídica. Surgida a finales del siglo XIX, se configuró como un cuerpo de conocimientos al margen del pensamiento continental, se planteó en términos adversarios a éste, y a su palmario interés en la metafísica y el idealismo. El título de “filosofía analítica”, que ella misma se ha auto-otorgado, sugiere también que la descripción apropiada de su actividad favorita es el “análisis conceptual”¹¹. H.L.A. Hart será su máximo exponente. De esto se profundizará en lo sucesivo.

A partir de una de las tensiones particulares presentes en los albores del siglo XX, entre filosofía y ciencia, surgen posiciones que sostienen el postulado de que toda proposición tiene sentido sólo en tanto resulte comprobable mediante la experiencia o mediante el razonamiento lógico, idea que luego será conocida como el Principio de Verificación. Si no aplica, es un sin sentido. Siendo un sin sentido, no puede ser catalogado como ciencia, es pura metafísica. Así las cosas, el significado de una proposición equivale a su método de verificación.

En definitiva, las proposiciones significativas pueden ser exhaustivamente divididas en dos clases: proposiciones tautológicas o formales y proposiciones fácticas. Estas últimas requieren ser empíricamente verificables. Como la metafísica no es tautológica ni expresa algo que pueda ser empíricamente testado, es un sinsentido¹².

Aún dentro de nuestra cultura, actualmente, es muy poderoso el atractivo ideológico que suscitan las preguntas formales y empíricas. Prima una cosmovisión en que el resto de las preguntas, también llamadas “preguntas humanas”, no son dignas de recibir tal calificación. En este contexto, el problema demarcatorio cobra sentido dentro de estas coordenadas: lo que no es verificable mediante alguna de las dos vías, no merece recibir la calidad de ciencia y ha de ser desechado. Es la base epistemológica del cientificismo. Extremando, tal vez, este punto, será posible afirmar que incluso las ideas de Karl Marx carecerían de sentido, dado que un concepto tal como el de lucha de clases, resulta más bien

¹¹ STRAWSON. P.F. *Análisis y metafísica: una introducción a la filosofía*. Ediciones Paidós. (1997). 44p.

¹² LARRAÍN, Jorge. *El concepto de ideología. Volumen 3. Irracionalismo, historicismo y positivismo: Nietzsche, Mannheim y Durkheim*. LOM Ediciones. Santiago. (2009). 145p.

ambiguo a la hora de ser constatado empíricamente, ya que si bien podemos argumentar en torno a ciertas expresiones de esta problemática, nunca podremos, en estricto rigor, demostrar su existencia. Así también, se podrá afirmar que es un concepto que se encuentra “contaminado” por ciertas expresiones ideológicas que se apartan de las pretensiones objetivistas y universalistas de la ciencia pura.

El propio David Hume, -piedra angular del empirismo- con más de un siglo de antelación, en su *Investigación Sobre el Entendimiento Humano* (1748), se pronunciaba con ímpetu y cierto grado de intolerancia de la siguiente manera: “Cuando persuadidos de estos principios recorremos las bibliotecas ¡Qué estragos deberíamos hacer! Tomemos en nuestra mano, por ejemplo, un volumen cualquiera de teología o de metafísica escolástica y preguntémosnos: ¿Contiene algún razonamiento abstracto acerca de la cantidad y el número? ¿No? ¿Contiene algún razonamiento experimental acerca de los hechos y cosas existentes? ¿Tampoco? Pues entonces arrojémoslo a la hoguera, porque no puede contener otra cosa que sofismas y engaños”¹³.

Si bien los ataques a la especulación metafísica han sido comunes en la historia de la filosofía, en esta etapa se convertirán en la regla general. Durante las primeras décadas del pasado siglo, se impuso la tendencia a la separación entre las ciencias sociales y la ética. Efectivamente, si hay algo que se ha fortalecido en el siglo XX, ha sido el prestigio de la ciencia. Nadie dudaba del poder de la ciencia ni del potencial humano para transformar la sociedad. Augusto Comte, padre del positivismo, afirmó que históricamente han regido tres grandes paradigmas enfocados en la explicación del mundo. En primer lugar, el estadio teológico, -dividido a su vez, en animismo, politeísmo y monoteísmo- centrada en contestar la pregunta por el “quién”, fórmula que no llevó a ninguna parte y que por tanto, ha de ser superada en su totalidad. En segundo lugar, el estadio metafísico, centrada en contestar la pregunta del “por qué”, es decir, en las causas, igualmente infructuosa. Y en último término, el estadio definitivo: el positivo, el cual busca

¹³ HUME, David. *Investigación sobre el entendimiento humano*, citado en BARBAROSCH, Eduardo. “Los derechos subjetivos en el pensamiento de Alf Ross”. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Lexis Nexis. Abeledo Perrot. (2002). N° 22. 1p.

responder la pregunta del “cómo”. Afirma el autor que en el estado positivo el espíritu humano, reconociendo la imposibilidad de obtener nociones absolutas, renuncia a buscar el origen y el destino del universo, y a conocer las causas íntimas de los fenómenos, para dedicarse únicamente a descubrir, por el uso bien combinado del razonamiento y la observación, sus leyes efectivas, es decir, sus relaciones invariables de sucesión y semejanza¹⁴. En realidad, bajo esta lógica, sólo esto sería conocimiento, ya que, a fin de cuentas, corresponde a lo único que nos permite dominar el mundo, con réditos económicos.

Siguiendo esta línea, ¿Cómo entender el fenómeno jurídico a partir de un análisis formal o racional? Hans Kelsen propone su Teoría Pura del Derecho, abstrayendo al fenómeno jurídico de todo componente ideológico.

1.3. Hans Kelsen y el auge del positivismo jurídico

Lectura obligada en toda escuela de Derecho, el título de su obra más reconocida nos da indicios sobre su visión acerca de la vinculación entre derecho y moral: su Teoría Pura del Derecho. Kelsen afirma que el derecho y la moral deben ser entendidos como dos diferentes tipos de sistemas normativos, y sitúa la diferencia entre ambos en el hecho de que el derecho implica un sistema sancionador coercitivo y organizado socialmente, mientras que la moral no posee tal sistema sancionador, al que sustituye la mera aprobación del comportamiento conforme a las normas y la desaprobación o crítica en caso de comportamiento en contra de las normas. De esta forma, su versión del derecho se encuentra depurada de todo elemento extrajurídico, entre ellos, los de índole política, ideológica, y por supuesto, moral. Ninguna fuente extrajurídica debe mezclarse con el derecho que efectivamente es. Su pretensión fundamental es la de comprender al fenómeno jurídico a partir de un análisis formal y racional. Hallándose éste invadido de consideraciones ideológicas o morales, inevitablemente se desnaturalizará e instrumentalizará. Existe una estructura lógica única de las normas jurídicas. El

¹⁴ COMTE, Augusto. *Principios de filosofía positiva*. La España Moderna. Madrid. (1903). 59-60p.

mismo autor señala, al definir qué entiende por teoría pura, que procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica¹⁵.

A diferencia de Austin, su teoría se encuentra algo más desprovista de componentes empíricos, pues parece enfocarse en los principios a priori que determinan al derecho. En ambos casos, prima una visión fundamentalmente científicista del fenómeno jurídico, el primero en clave empirista, el segundo en clave racionalista. Kelsen desarrolla una metodología kantiana independiente para separar al derecho del empirismo científico. Así también, en ambos casos la esfera de la moral se encuentra conceptual y necesariamente separada del derecho. Uno de los grandes pilares del método de “purificación” de la teoría del derecho, de estampa neo-kantiana, nuevamente, es la de enfatizar la diferencia entre lo que “es” y lo que “debe ser”. Estas dos esferas, innegablemente divididas, derivan en la respectiva división entre ciencias normativas y ciencias explicativas. Kelsen afirma que la ciencia jurídica debe enfocarse en el estudio de las normas, pues éste es su objeto de estudio, y no en el mundo de la realidad social. Una de las aristas del proyecto de purificación de Kelsen es la de afirmar la completa autonomía de su objeto de estudio: la independencia del derecho como objeto de estudio científico. Si bien la ciencia jurídica estudia un fenómeno eminentemente normativo, esto no significa que aquella revista un carácter también normativo o evaluativo, sino que debe permanecer como descriptiva, esto es, científica. Ahora bien, cabe destacar que esta empresa implica evitar juicios morales sobre el contenido adecuado del derecho, no sobre las razones para comprometerse en un estudio científico del derecho, libre de valores. Puede haber razones morales para comprometerse con una disciplina que no es en sí misma moral. Bentham, Austin, y menos indiscutiblemente Kelsen, tenían tales fundamentos morales para embarcarse en ello y perseguir sus propósitos¹⁶.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Eudeba. (2009). 19p.

¹⁶ CAMPBELL, Tom. Op. Cit. 29p.

Cobra relevancia una diferencia epistemológica crucial: entre el objeto de estudio y el estudio del objeto. En el caso del derecho, ambas esferas son denominadas bajo el mismo término, -el de derecho- lo cual ha suscitado innumerables confusiones. Uno de los beneficios que provee la lengua inglesa al respecto, es que ésta se hace cargo de esta diferencia conceptual, distinguiendo ambos términos. El derecho en tanto objeto de estudio, recibe la denominación de *law*, mientras que, en tanto estudio del objeto, se le denomina bajo el rótulo de *jurisprudence*.

Ahondando aún más en la tesis de la separabilidad en Kelsen, el autor muestra una clara negación a la idea de que es posible conocer el contenido de las normas morales que rigen a una sociedad, bajo el método científico. Es decir, niega que tengan una existencia verificable. La noción de justicia puede ser agrupada dentro de estas coordenadas, considerado ampliamente como el valor moral supremo. Según el autor, es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como 'haz el bien y evita el mal', 'a cada cual lo suyo', 'hay que mantenerse en el justo medio'¹⁷.

De esta forma, las normas morales no serían susceptibles de ser estudiadas científicamente, debido a su naturaleza relativa y variable, a su falta de objetividad. La doctrina kelseniana esconde, a su vez, una determinada postura meta-ética: el relativismo moral. En palabras de Miodrag Jovanovic: *"Even though moral philosophy differentiates between several versions of moral relativism, this meta-ethical doctrine amounts to the thesis that moral right and wrong, that is, good and bad, justice and injustice, etc., are always relative to a choice of moral framework. What is morally right, good, and just in relation to one moral framework can be morally wrong, bad, and unjust in relation to a different moral framework. Thus, no*

¹⁷ KELSEN, Hans. Op. Cit. 49p.

*moral framework is objectively privileged as the one true morality*¹⁸. Para el autor, el positivismo jurídico, si pretende ser congruente, ha de descansar en el relativismo axiológico.

Sin duda, existe algo que se encuentra presente en las normas jurídicas que les atribuye la posibilidad de ser estudiadas y aprehendidas científicamente, alguna condición que no presentan las normas morales, relegándolas a una categoría extra-científica, y por ende, separadas por completo del derecho. Una diferencia fundamental, reside en el hecho de que las normas jurídicas son “puestas” en el orden coactivo de alguna sociedad, por medio de algún agente facultado para ello, y según los procedimientos legales previamente establecidos. Tratándose de las normas morales, por mucho que se afirme su primacía sobre aquéllas, son sencillamente “supuestas” por algún agente moral, de acuerdo a sus propias convicciones, o según las que rigen a la sociedad en su conjunto. Al respecto, no son susceptibles de ser descubiertas por el sujeto, siendo así, mal podría formularse una verdadera ciencia de la moral, pues no cuenta con el grado de precisión que brindan las normas jurídicas. Respecto a aquellas, no podemos afirmar nada con sentido. Por supuesto, Kelsen no afirma que los valores morales no sean importantes, sino que no pueden ser estudiados bajo el método científico. No aprueba el principio de verificación. El derecho, en cambio, es constatable empíricamente, mediante hechos, y especialmente sus normas. Los abogados saben perfectamente a qué fuentes recurrir a la hora de redactar sus demandas o recursos judiciales.

Llama poderosamente la atención la noción de ciencia que se emplea en esta tradición. ¿Es acaso el derecho, o más bien, las normas e instituciones jurídicas, susceptibles de ser estudiadas científicamente? Si tuviéramos que nombrar,

¹⁸ JOVANOVIC, Miodrag. “Is legal positivism tenable beyond moral relativism?”. En: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, N° 9. Biblioteca Jurídica UNAM. (2015). 207-208p. Traducción propia: “Aun cuando la filosofía moral distingue entre variadas versiones de relativismo moral, esta doctrina meta-ética sostiene la idea de que el bien y el mal, esto es, lo que es bueno y malo, la justicia y la injusticia, etc., se encuentran siempre vinculadas a la elección de un sistema moral. Lo que es moralmente bueno, correcto y justo en relación a un sistema moral puede ser moralmente incorrecto, malo e injusto en relación a un sistema moral distinto. Así, no hay un sistema moral objetivamente privilegiado, como si fuera el de la verdadera moralidad”.

intuitivamente, dos de las características esenciales del saber científico, probablemente afirmaríamos que éste predice y cuantifica, siendo el caso más paradigmático, por supuesto, el de la física. ¿Resultan aplicables este tipo de procedimientos en el caso del derecho?

Una posible respuesta a este asunto, es que no existe tal cosa como una “ciencia” del derecho, ya que sólo las ciencias experimentales merecen tal denominación, ya que el derecho no mide ni predice nada. Al respecto, no aportan ningún conocimiento “real”. En contraposición, se podría sostener, que el derecho, en efecto, es una ciencia, con la diferencia de ser una ciencia “normativa”.

Cabe agregar algunos comentarios sobre este punto. En efecto, la noción de “ciencia” más aceptada en la comunidad, probablemente en todas sus esferas, es el de la ciencia experimental, aquella que predice y cuantifica. A partir de un uso extensivo del lenguaje, es posible ampliar el significado de una palabra, si lo concebimos como un fenómeno esencialmente dinámico. Ocurre de esta forma cuando empleamos el término “ciencia normativa”. Al realizar este procedimiento, lo que se logra es acentuar en las ciencias su faceta de ser una disciplina, una rama del saber, un estudio sobre algún fenómeno u objeto en particular; con independencia de su capacidad para cuantificar y predecir, recaído en el mundo natural, no en el mundo social. A mi parecer, tal operación resulta legítima, en relación a la naturaleza esencialmente dinámica del lenguaje. Kelsen se hace cargo de esta diferencia, afirmando que en el derecho si bien no rige el principio de la causalidad, rige el principio de la imputación. Indica que la imputación vincula dos conductas humanas: el acto ilícito y la sanción. Es evidente que esta relación no tiene un carácter causal. El acto ilícito no es la causa de la sanción ni ésta es su efecto. La ciencia del derecho no pretende, pues, dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas¹⁹.

De esta manera, podemos inferir que no existe una pretensión de concebir al derecho como si realmente se tratara de una ciencia experimental, ni mucho

¹⁹ KELSEN, Hans. Op. Cit. 22p.

menos, de creer que esto sea efectivo. De lo que sí se trata, en efecto, es de estudiar al derecho como una ciencia normativa, aunque privada en lo absoluto de consideraciones ideológicas o morales. Indica Kelsen que la Teoría pura desea combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura²⁰. Del párrafo citado, destaca el enunciado de “querer” ser una ciencia. Existe un cierto resabio, que apunta a una determinada dificultad, inexorable, en torno a este proyecto. Por otro lado, se infiere una exposición de su teoría como opuesta a la del derecho natural, caracterizada por su idealismo y su naturaleza metafísica.

El positivismo jurídico en su versión formalista claramente no afirma que el mundo jurídico comparta las mismas características propias del mundo de las ciencias duras. Tampoco que reúnan las características propias de los objetos formales, como los que estudia la lógica o las matemáticas. Evidentemente, sería una osadía, o una locura argumentar en contra de este punto. Más bien, lo que hay detrás, es un idealismo casi delirante. Se ha defendido que los positivistas argumentaron entonces de una manera maravillosamente kantiana: es cierto que quizás no tengan esas formas lógicas estrictas, pero deberían tenerla²¹. No es posible afirmar directamente que el derecho sea una ciencia formal, pero sí es posible postular tal condición. A partir de esta presunción, el resultado obvio es estudiar a un sistema jurídico con los métodos propios de las ciencias formales, presumiendo que todo sistema jurídico posee, en efecto, rasgos de generalidad, validez y certeza.

Uno de los principales resultados de esta pretensión reside, por supuesto, en demarcar un límite claro entre lo jurídico y lo moral, de la misma manera en que los límites de las matemáticas, la química, o la biología se encuentran claramente

²⁰ KELSEN, Hans. Op. Cit. 50p.

²¹ PÉREZ, Carlos. “Vaguedad en el realismo jurídico”. En: Revista de Derecho y Humanidades. N° 19. (2012). 146p.

establecidos. Si dentro de las ciencias experimentales y formales, tal problemática se encuentra virtualmente ausente, ¿Por qué habría de ser diferente tratándose del derecho y la moral?

Nuevamente, volviendo a Comte, tal presunción es una consecuencia directa del objetivo último del positivismo como corriente de pensamiento: lograr la ciencia unificada, u homogénea, ya que de acuerdo al autor esta revolución general del espíritu humano se ha realizado hoy casi por completo; ya no queda más que completar la filosofía positiva comprendiendo el estudio de los **fenómenos sociales**, y resumirla en un solo cuerpo de doctrina homogénea. Cuando este doble trabajo esté suficientemente adelantado, el triunfo definitivo de la filosofía positiva se realizará espontáneamente y restablecerá el orden en la sociedad²².

Como resulta patente, Comte menciona expresamente a los fenómenos sociales dentro de su proyecto. Así las cosas, probablemente uno de los fenómenos más importantes de este tipo es, por supuesto, el fenómeno jurídico. Finaliza señalando el autor: “No tengo necesidad de mayores detalles para acabar de demostrar que el fin de este curso no es, en modo alguno, el de presentar todos los fenómenos naturales como idénticos en el fondo, salvo la variedad de las circunstancias. La filosofía positiva sería, sin duda, más perfecta si pudiera ser así. Pero esta condición no es, en modo alguno, necesaria para su formación sistemática, como tampoco para la realización de las grandes y felices consecuencias que la hemos visto destinadas a producir. Para esto no hay más unidad indispensable que la **unidad de método**, la cual puede y debe evidentemente existir, y se encuentra ya establecida en su mayor parte. En cuanto a la doctrina, no es necesario que sea una, basta que sea homogénea”²³.

Cabe destacar la curiosa y desaforada esperanza que abrigaban los positivistas más clásicos en el poderío de las ciencias y de su método a la hora de ofrecer una solución a los problemas sociales. Comte sostiene que la causa última de todos los conflictos sociales es la vigencia fragmentaria de los paradigmas teológico y

²² COMTE, Augusto. Op. Cit. 93-94. (Negritas son propias).

²³ COMTE, Augusto. Op. Cit. 96-97p. (Negritas son propias).

metafísico en el mundo. En cambio, si la filosofía positiva ejerciera una preponderancia universal y completa, se restauraría el orden social, terminando de una vez por todas con todo germen de revolución social. Soslaya por completo referirse a las graves asimetrías socio-económicas que flagelan a los pueblos, por ejemplo. Si bien el argumento central consiste en atenerse a los hechos positivos y no especular, ciertamente se vislumbra una gran desconexión con la realidad social, al evaluar tales análisis.

En cuanto a la unidad de método, el autor no se refiere expresamente al caso de las ciencias jurídicas o normativas, sin embargo, es posible desprender un cimiento: el derecho puede, y más importante aún, debe ser estudiado de acuerdo a las lógicas y métodos propios de las ciencias, ya que es el único método válido, ya que es el único método que nos acerca a la verdad y nos provee de respuestas con sentido, ya que las consideraciones ideológicas contaminan el trabajo del jurista, ya que no podemos establecer una conexión conceptual ni necesaria entre el derecho y la moral, de la misma forma en que las valoraciones éticas no forman parte del objeto de estudio de las ciencias duras. Al respecto, afirma Jorge Larraín que la ciencia objetiva como un sistema de proposiciones y procedimientos es ahora la referencia principal: los aspectos subjetivos de la persona cognoscente deben ser evitados o pueden ser lógicamente evitados si el sujeto procede de acuerdo con reglas y procedimientos objetivos. Los valores, actitudes o metas personales ya no importan más; sí importa el método. El método científico garantiza de una manera precisa que el conocimiento comprenda la realidad, una realidad hecha de hechos objetivos. Todo lo que está más allá de este mundo de hecho es ideológico²⁴. Ciertamente, es claro que hay un fuerte componente avalorativo y anti-metafísico en parte importante del positivismo jurídico.

En este sentido, la respuesta a la crucial pregunta, si acaso es posible concebir como jurídico a un orden normativo que no respete las más mínimas exigencias de justicia natural, o que no satisfagan el criterio de moralidad escogido, es clara: es posible, debido a que lo definitorio de un sistema jurídico no guarda relación

²⁴ LARRAÍN, Jorge. Op. Cit. 146p.

alguna con las consideraciones morales, en última instancia, existe una virtual separación entre el orden jurídico y moral. Sostener lo contrario deviene en echar por la borda el ambicioso proyecto del positivismo jurídico. Esferas fácticamente complementarias, pero conceptualmente distintas. Una cosa es el derecho, otra cosa es la justicia, ya que éste se trata no de un valor absoluto, sino relativo. Esto implica que la ciencia del derecho, en tanto ciencia, debe ser distinguida de la filosofía de la justicia, dada su condición subjetiva y relativa. Así como resulta evidente que la física y la moral son asuntos totalmente diferentes, debemos focalizarnos en que suceda lo mismo tratándose del derecho.

Llegados a este punto, conviene detenerse sucintamente en las distintas acepciones que desarrolló el pensador italiano Norberto Bobbio en torno a la noción de “positivismo jurídico”, y que ha tenido una enorme influencia en la disciplina. Uno de los aportes más significativos que podemos desprender de sus ideas, es trazar una línea demarcatoria entre el derecho y la justicia, sin la necesidad de debilitar las pretensiones de corrección moral que así mismo subyacen a la doctrina positivista. Esto implica defender el proyecto iuspositivista de las críticas más radicales que se le han esgrimido, y que fueron ampliamente formuladas en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, en que fuimos testigos del auge de diversos ordenamientos jurídicos cuyas reglas no respetaron las más mínimas exigencias de justicia, y que, sin embargo, puedan ser calificados igualmente como sistemas jurídicos, a pesar de reconocer sus graves falencias de contenido. Así como podemos y debemos trazar un límite entre el derecho y la justicia, hemos de hacerlo entre el derecho y la moral. De esta forma, Bobbio reconoce tres sentidos en los cuales se emplea el término de “positivismo jurídico”:

- a) Como método: concebido como un esfuerzo por convertir el derecho en una auténtica ciencia que posea los mismos caracteres de las ciencias físico-matemáticas, naturales y sociales, siendo la teoría del derecho una empresa puramente descriptiva, no normativa, que aspira, a la manera de la ciencia ordinaria, a decirnos cómo está hecho el rincón particular del mundo en el que vivimos.

- b) Como teoría: se caracteriza como una forma de presentar al derecho, y que cumple una serie de características que lo definen como tal, entre ellas la imperatividad y la coactividad.
- c) Como ideología: se trata, en definitiva, de afirmar que el derecho positivo es justo *per se*, por tanto, ha de ser obedecido.

Irónicamente, este último sentido del término ha sido escasamente defendido por los positivistas, inclusive los más acérrimos. Justificar una obediencia incondicional al derecho sólo en virtud de la validez de sus normas parece sumamente antidemocrático. No obstante, es una de las características que más ampliamente se le ha atribuido a la doctrina positivista, convirtiéndose en la gran diatriba de la cual ha sido blanco, al menos durante algunos años del siglo XX.

El mismo Bobbio expone su propio punto de vista: en cuanto a la ideología, donde no puede haber tergiversación, soy iusnaturalista; en cuanto al método, soy con igual convicción positivista; por lo que se hace a la teoría, no soy lo uno ni lo otro²⁵. Ahora bien, no hace falta un análisis demasiado exhaustivo para identificar, principalmente, las ideas de Kelsen con el punto a), y las ideas de Austin con el punto b). Si en los inicios de la tradición jurídica moderna el interés estaba centrado en encontrar los rasgos identitarios del fenómeno jurídico, posteriormente éste interés se trasladaría a las formas o métodos adecuados para aproximarse a lo "jurídico". Mientras en una primera etapa la filosofía jurídica giraba en torno a una ontología, en una segunda etapa giró en torno a una epistemología. La pregunta crucial ya no será ¿Qué es el derecho?, sino ¿Cómo aproximarnos al derecho?

Como ya se ha adelantado previamente, la teoría jurídica sufrirá un nuevo giro durante el periodo de post-guerra, una tercera etapa en que los cuestionamientos éticos al derecho y su vinculación con la esfera de lo moral asumirán nuevamente un interés preponderante. La tesis de la separabilidad ya no será considerada prácticamente un axioma dentro de los círculos académicos. El escepticismo ético

²⁵ BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Fontamara, México. (1991). 89p.

se alzará como el nuevo gran enemigo de determinados círculos teóricos que permanecieron silenciados demasiado tiempo.

Capítulo II: La desformalización de la Teoría del Derecho y su evolución

Resumen: En este capítulo se abordarán las ideas matrices sobre el problema de la demarcación de tres autores canónicos en el campo de la filosofía jurídica: H.L.A. Hart, Ronald Dworkin y John Finnis. Desde la segunda mitad del siglo XX, la teoría jurídica sufrió un giro en que se “suavizaron” las formulaciones básicas y dominantes en torno a este problema, dando paso a una flexibilización de sus doctrinas. La clásica polémica entre iusnaturalistas y positivistas si bien no se supera, comienza a diluirse para dar paso a puntos de vista más ajustados a la realidad y más fecundos en sus propuestas teóricas. Para una mejor comprensión de estas tres doctrinas, se desarrollarán sucintamente disputas derivadas, entre ellas, el empleo del análisis conceptual y el acalorado tópico de la discrecionalidad judicial, ligado estrechamente a la relación entre Derecho y Moral.

2.1. H.L.A. Hart: La tradición analítica en la filosofía del derecho

La obra del británico H.L.A. Hart que discurre, en mayor o menor medida, en torno a la relación entre el derecho y la moral se puede encontrar principalmente en los siguientes textos: “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y moral”, “*Law, Liberty and Morality*”, “Crítica del libro de Lon Fuller, *The Morality of Law*”, y por supuesto, su texto más comentado y aclamado, “El Concepto de Derecho”, así como también su “Post-Scriptum al Concepto de Derecho”. La descomunal influencia que ha tenido la obra hartiana dentro de la teoría jurídica se puede vislumbrar claramente en las diversas disputas y debates que sostuvo con diversos autores del mundo angloamericano, entre ellos: Lon Fuller, Patrick Devlin, y por último, con Ronald Dworkin, cual será probablemente el debate más influyente y comentado en el área. Irónicamente, gracias a las sistemáticas críticas que esgrimió éste último autor, la obra de Hart logró un grado de trascendencia aún mayor.

Con la irrupción de “El Concepto de Derecho” en 1961, su teoría se alza como una respuesta al extremo formalismo de Kelsen y al realismo jurídico. En Hart hallamos un nuevo doble ataque tanto al árido formalismo, la elaboración de construcciones conceptuales abstractas inservibles para la aplicación práctica, como a cualquier supuesto realismo radical, que busca describir cualquier adscripción jurídica de una causa a un efecto como un simple acto de decisión política judicial sustentado sobre la corazonada o el prejuicio del juez sobre la solución más justa al caso²⁶. Inaugura la posibilidad de tematizar a la propia teoría del derecho, insertarse en ella y criticarla desde dentro. El autor se inserta a sí mismo dentro de la filosofía jurídica analítica, lo cual importa realizar una actividad de clasificación, no de evaluación ni justificación. Sin duda, la ruptura entre el proyecto del ser y del deber ser como paradigma dominante del pensamiento occidental se mantiene vigente en la obra de Hart, quien, en este punto, reproduce la tesis de Kelsen. Tal metodología tendrá influencia a la hora de abordar nuestro problema.

Hart fue, a su vez, tributario de lo que se denominó el giro lingüístico, abordado en las principales tradiciones filosóficas de la segunda mitad del siglo XX, particularmente de la “filosofía del lenguaje ordinario”. Conviene detenerse brevemente en este punto.

2.2. La importancia del análisis conceptual en la obra de H.L.A. Hart

Una de las herramientas teóricas que más han determinado los intentos de la tradición analítica para hacer teoría del derecho es el Análisis Conceptual. Una definición precisa de este concepto será aquél que busca la verdad de ciertos aspectos de nuestro mundo por medio del examen de la estructura lógica, o bien de los atributos necesarios y esenciales, de las ideas y categorías²⁷. En un acercamiento más didáctico, Scott J. Shapiro indica que la clave del análisis

²⁶ Mc CORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*. Marcial Pons. (2010). 88p.

²⁷ BIX H, Brian. *Diccionario de Teoría Jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México. (2009). 5p.

conceptual consiste en recabar verdades obvias sobre una determinada identidad. Así, por ejemplo, cualquiera que domine el concepto de conocimiento, acepta o estaría dispuesto a aceptar algunas verdades obvias acerca del conocimiento²⁸.

El rol que ha cumplido el análisis conceptual ha sido tan preponderante que ciertos autores, como Michael Dummet, han distinguido a la tradición analítica a partir de su empleo: *“What distinguishes analytical philosophy, in its diverse manifestations, from other schools is the belief, first, that a philosophical account of thought can be attained through a philosophical account of language, and, secondly, that a comprehensive account can only be so attained”*²⁹.

Así, un rasgo característico de su pensamiento, es la de formular la implementación del aparato conceptual en el ámbito jurídico. A modo de ilustrar este punto, el mismo autor agradece la influencia del aclamado filósofo del lenguaje J.L. Austin, recogiendo la idea de que es posible, mediante el lenguaje, dar cuenta y aproximarse a ciertos fenómenos, como una práctica social. En la vida diaria, los individuos indican nociones de amenaza, fuerza y obligación. Analizar el discurso jurídico puede ser instrumental al objetivo de comprender el mundo real. Según Hart, existe una diferencia, aún no explicada, entre la aserción de verse obligado a algo, y tener la obligación de hacerlo. El “verse obligado a”, como en el ejemplo del cajero de un banco que es forzado por un asaltante a entregar el dinero, corresponde igualmente a una “orden respaldada por una amenaza”, en clave austiniana. Sin embargo, no es derecho, siendo ésta una de sus primeras críticas. De esta forma, el distinguir entre ambas aserciones, o bien entre obligación y coacción, aporta un insumo para dar cuenta de qué es el derecho. Por lo demás, agrega Hart, las únicas normas jurídicas que muestran alguna similitud con las órdenes respaldadas por amenazas son las leyes penales, soslayando un universo enorme de otro tipo de normas de derecho, sobre todo

²⁸ SHAPIRO, Scott J. Op. Cit. 293p.

²⁹ DUMMET, Michael. *Origins of Analytical Philosophy*. Duckworth. Londres. (1993) 4p. Traducción propia: “Lo que distingue a la filosofía analítica, en sus diversas manifestaciones, de otras escuelas de pensamiento, es la creencia, primero, de que una explicación filosófica del pensamiento puede ser lograda a través de una explicación filosófica del lenguaje, y, segundo, que una explicación completa sólo así puede ser lograda”.

aquellas que confieren potestades. Otra de sus principales críticas a Austin es afirmar que son las reglas, y no las órdenes, los elementos esenciales del mundo jurídico.

El problema de fondo, siguiendo esta línea, es que se ha olvidado el concebir al fenómeno jurídico como una práctica social. Por el contrario, se ha tendido a percibir como una entidad o forma desvinculada empíricamente. Desarrolla otra de sus críticas más importantes, dirigida esta vez a Kelsen y al formalismo que rodea a sus ideas sobre el derecho. Se propone una visión un tanto más cotidianista del derecho. No sería un objeto, sino un fenómeno de carácter social. Hart reniega de ambas visiones del derecho, introduciendo las reglas que confieren potestades.

Por otro lado, la empresa que aborda este autor, no está dirigida a la definición del derecho, -a pesar de lo confuso que puede parecer esto en relación al título de su obra más importante- sino que pretende elucidar al fenómeno jurídico, describiendo la estructura característica de un sistema jurídico contemporáneo. Este quiebre es particularmente analítico, pues el derecho no correspondería a aquella clase de cosas susceptibles de definirse. Al respecto, se erige una virtual paradoja, entre un efectivo uso pragmático del derecho y su indeterminación conceptual. El antecedente más esclarecedor que explica la naturaleza del proyecto hartiano es la obra titulada "El concepto de lo mental", de Gilbert Ryle, publicada en 1949. Igualmente, a pesar del título de este trabajo, no pretende definir la mente, sino que desarrolla un procedimiento de elucidación en pos de determinar el empleo del concepto de lo "mental". En Hart ocurre lo mismo, pues habrían directrices desde la práctica: el punto de vista interno. A mayor abundamiento, uno de sus más destacados discípulos, Joseph Raz, sostiene que Hart argumentó que es necesario, para una explicación satisfactoria del derecho, explicar cómo el derecho es percibido y entendido por las personas que viven bajo su control, que un sistema jurídico no puede existir en un país a menos que parte de su población tenga una actitud interna al derecho, a menos que considere al

derecho desde el punto de vista interno o acepte el derecho como guía de conducta; se trata de descripciones alternativas de la misma actitud³⁰.

El análisis conceptual utilizado por Hart lo es en tanto busca clarificar el uso y empleo de términos lingüísticos y prácticas sociales. No busca encontrar significados, ni mucho menos formular criterios de corrección en virtud de los cuales se pueda calificar algo. Se caracteriza por descomponer mediante el lenguaje, prácticas sociales. Se rige primariamente por la máxima de Ludwig Wittgenstein, cual será: “No busques el significado, busca el uso”. En su *Post-Scriptum* el autor dejaría explicitado y esclarecido este punto: su teoría del derecho presenta un carácter general y descriptivo. No se halla comprometida con filosofía política alguna, pues no es una teoría de naturaleza evaluativa o justificativa. Hart se comprende a sí mismo en oposición a los revisionarios, estamos en presencia de una suerte de conformidad con aquello que nos pertenece.

En Hart, como ya se ha indicado, existe una contrapropuesta al monismo presente en las visiones empiristas y formalistas sobre el derecho, pues lo reemplaza por una concepción más diversa sobre éste, recogiendo así, un punto de vista interno y externo. Todo formalismo y realismo descuidan el primer punto de vista. El punto de vista externo, relativo al observador, y el punto de vista interno, relativo al partícipe. También aporta sus críticas respecto a la teoría monista de Austin, incorporando la noción de reglas primarias y secundarias, las cuales se justifican debido a que complementan a las primeras.

Volviendo a la pregunta inicial: ¿Qué es el derecho?, nos encontramos en una etapa en que cobra mayor relevancia analizar la pregunta misma, a qué tipo pertenece, y desarrollar una adecuada comprensión de su real naturaleza. Actualmente, el filósofo del derecho Scott J. Shapiro sostiene que la teoría del derecho se puede dividir en dos categorías principales: las teorías normativas y las analíticas, dividiendo las normativas, a su vez, en interpretativas y críticas.

30 RAZ, Joseph. “¿Puede haber una teoría del derecho?”, en *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Ed. Marcial Pons. (2007). 74p.

La normativa corresponde a aquella disciplina que busca los fundamentos morales y evaluativos del derecho. La normativa-interpretativa pretende determinar los fundamentos normativos concretos del sistema jurídico como tal, su justificación como un todo. La normativa-crítica es una explicación sobre la manera en que debería comportarse el fenómeno jurídico. Una problemática clásica que podemos agrupar en ésta última categoría, es si acaso es legítima la existencia de la sanción penal. La analítica, por el contrario, se preocupa de las entidades y conceptos más importantes. Shapiro entiende que esto importa cuestionarse por la naturaleza general del fenómeno jurídico. Para el autor, la pregunta crucial no apunta al significado semántico de la palabra “derecho”, sino que apela a un esfuerzo por comprender su naturaleza de institución social. Lo primero es hacer mera lexicografía.

La propuesta de Shapiro, de esta forma, devela el verdadero carácter de la obra hartiana, y en qué sentido se enmarca dentro de la teoría analítica, y explica el por qué su análisis conceptual no reside en hacer mera lexicografía. No es lo mismo preguntarse ¿Qué es el derecho? A preguntarse ¿Qué es el “derecho”? Sólo aquélla sería genuinamente analítica.

De esta forma, una de las principales herramientas metodológicas que usará Hart a la hora de enfrentarse al problema de la separabilidad o vinculación entre derecho y moral, será el análisis conceptual. Así, plantea el autor una breve explicación acerca de las confusiones y ambigüedades que ha suscitado la misma palabra “ley” en la historia de la humanidad. Sólo si somos plenamente conscientes de la palmaria diferencia entre las leyes de la naturaleza y las leyes humanas, seremos capaces de comprender cómo y en qué sentido es posible formular una separación entre el orden jurídico y el moral, y de esta forma asestar un “golpe mortal” a la doctrina del derecho natural. No podemos caer en la confusión de asimilar el sentido de ley de la naturaleza y ley humana sólo porque ambas nociones comparten el término de “ley”. Así, una diferencia fundamental reside en el hecho de que las leyes naturales pueden ser descubiertas, y al no cumplirse, carece de sentido denominarlas como leyes; en cambio las leyes

humanas pueden ser vulneradas, al no acatar lo prescripto, y aun así mantener su carácter de ley.

Siguiendo esta línea, ambas se pueden agrupar en leyes descriptivas y prescriptivas. Afirma el autor que la creencia en un Derecho o Ley Natural es reducible a una falacia muy simple: no percibir los sentidos muy diferentes que estas palabras y expresiones pueden tener. Es como si el que sustenta esta creencia no percibiera el muy diferente sentido de esas palabras en 'Ud. tiene que presentarse al servicio militar' y 'si el viento sopla del norte, tiene que nevar'³¹. Tales afirmaciones derivan de una comprensión terapéutica del lenguaje, propuesta inicialmente por el segundo Wittgenstein.

En relación a esto, debemos traer a colación una escena muy ilustrativa, del largometraje "Wittgenstein", de 1993, dirigida por Derek Jarman. En ella, el autor sostiene que los problemas filosóficos surgen por nuestra tendencia a mezclar esferas lingüísticas. A modo de ejemplo, el misterio en torno a lo que llamamos "alma". No obstante, el alma, en sí misma, no esconde misterio alguno, sino debido a que hablamos de ella como si se tratara de un objeto físico.

De igual manera, afirma el autor que conceptos cotidianos tales como peligro, seguridad, daño y beneficio reflejan un deseo general de la humanidad por la supervivencia. Si quisiéramos sustraer este deseo, prácticamente inserto en la naturaleza humana, eso implicará alterar aquellos conceptos, ya que todos contribuyen a la mantención de la supervivencia. Analizar el uso de conceptos cotidianos nos permite comprender mejor ciertos rincones de la realidad. Si el fin de la filosofía radica en el análisis del lenguaje, es debido a que sólo en él pueden observarse las distintas maneras en que los humanos perciben la realidad. Nos encontramos aquí con un supuesto idóneo para aplicar el programa de la filosofía del lenguaje ordinario de estudiar el uso de las palabras en su contexto, en lugar

³¹ HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. (1998). 232p.

de perseguir esencias misteriosas o construir teorías con las que justificar definiciones³².

Dentro de este marco teórico analítico, Hart propone considerar al derecho como un tipo de lenguaje. Desde las primeras páginas de “El Concepto de Derecho”, el iusfilósofo anglosajón nos advierte clara e ilustrativamente acerca del problema de la textura abierta que presentan los términos jurídicos³³. Toda expresión lingüística presenta, en algún nivel, un área de penumbra, problema que se agudiza en relación a la terminología jurídica. Sostiene, en este sentido, que en todos los campos de la experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar³⁴. De esta manera, Hart se ampara en el concepto de la textura abierta para criticar a las doctrinas del derecho natural, ya que desde esa vereda sus defensores han caído estrepitosamente en esta dificultad, ya que igualmente han de emplear lenguaje jurídico o normativo, como bien quedó explicado en relación al concepto de “ley”. Es un obstáculo esencialmente ineludible, lo cual no obsta a la posibilidad de ser conscientes de este problema y evitar incurrir en falacias argumentativas. Hart a su vez reniega de la teoría jurídica analítica que tradicionalmente se ha enfocado en proponer definiciones de conceptos centrales, tales como: ¿Qué es el derecho? ¿Qué es el Estado? ¿Qué es una persona jurídica? En casos como los señalados, los métodos comunes de definición no resultan adecuados para la elucidación del fenómeno jurídico, ya que tales formulaciones lingüísticas se apartan del estudio del derecho en funcionamiento, como práctica social³⁵.

De esta forma, el análisis conceptual se erige como un instrumento útil y fructífero a la hora de estudiar determinados objetos y fenómenos, dando cuenta, a su vez,

³² Mc CORMICK. Ibid.

³³ DABOVE, María Isolina. “El concepto de derecho en la teoría de H.L.A. Hart: perspectiva tridimensional”, en: SEMINARIO SOBRE EL PENSAMIENTO IUSFILOSÓFICO OCCIDENTAL. Rosario, Universidad de Rosario. (2003). 41p.

³⁴ HART. H.L.A. Op. Cit. 157p.

³⁵ HART. H.L.A. “Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis”. Ediciones DePalma. Buenos Aires. (1962). 94p.

de las mismas trampas que el lenguaje suscita al abordar esta empresa. Analizar el lenguaje significa también dar cuenta de sus propias limitaciones.

Un motivo adicional que impulsa el traer a colación el análisis conceptual, es que al igual que el problema de la demarcación, ha sido blanco de las mismas críticas, desde la misma vereda, y proponiendo la misma respuesta: su superación.

2.3. Derecho y Moral: Una conexión meramente contingente

Hart destina los capítulos VIII y IX de su obra magna para abordar directamente el problema de la conexión entre derecho y moral, titulados respectivamente “Justicia y moral” y “Las normas jurídicas y la moral”. Éste último contiene la declaración más enfática en torno a este problema, ya que afirma: “Aquí entenderemos por ‘Positivismo Jurídico’ la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ser así”³⁶. Por supuesto, al definir lo que él entiende por positivismo jurídico, está su vez adscribiendo a sus postulados.

El autor parte denunciando la histórica vinculación necesaria que se le ha adscrito a las normas jurídicas con las normas morales para efectos de formular una supuesta “esencia” del derecho, o caso central. Cualquier intento fructífero de elucidar el fenómeno jurídico no puede soslayar la unión de normas primarias y secundarias. Ambos tipos de normas revisten el carácter de jurídicas en sí mismas, no habiendo necesidad alguna de establecer ningún tipo de relación, fáctica ni menos conceptual, con los estándares morales aceptados en una comunidad determinada. Tal postulado guarda relación con la metodología analítica empleada por el autor, la mejor vía para elucidar el verdadero carácter de un objeto o fenómeno, es analizar nuestros usos lingüísticos en torno a éste, esto es, partir desde el terreno del lenguaje. Así, el uso de términos tales como

³⁶ HART. H.L.A. *El concepto de derecho*. Op. Cit. 230p.

“derecho internacional” o “derecho primitivo” suscita cuestionamientos en torno al carácter genuinamente jurídico que tales casos exhiben.

Dichas controversias resultan esclarecedoras a la hora de establecer qué elementos debe presentar una comunidad, o un conjunto de ellas, para encontrarse regidas por un sistema jurídico. Tratándose del derecho internacional, la controversia surge debido a la ausencia de una entidad estatal centralizada que ejerza el monopolio de la acción coactiva legítima sobre los ciudadanos en un territorio determinado, usualmente definido por los límites territoriales nacionales. Con mayor claridad, en lo relativo al derecho primitivo, su estatus jurídico resulta dudoso en virtud del escaso o nulo desarrollo de las instituciones jurídicas presentes en una sociedad, siendo los tribunales de justicia el caso más paradigmático, en comunión con una legislatura robusta, tanto en asuntos de fondo como procedimentales. Siguiendo a Shapiro, una de las “verdades obvias” sobre el derecho, es que para que exista, es necesaria la existencia de tribunales de justicia. Así, si bien es un aspecto al que tradicionalmente no se le ha dado suficiente énfasis, uno de los mayores aportes del positivismo a la teoría jurídica es destacar la prominente relación entre el derecho y el concepto de lo “institucional”. Resulta extremadamente patente la inmediata conexión que establecemos entre el orden jurídico y las diversas instituciones llamadas a resguardarlo. El paso desde el mundo pre-jurídico al jurídico se explica, en parte, gracias a los grandes avances institucionales. Esta idea también se cristaliza en el caso del derecho internacional, ya que ¿no es el Estado centralizado la institución más importante de la modernidad, del cual derivan y en el que se amparan prácticamente todas las demás entidades institucionales?

Hart parece sugerir que ambos casos nos dicen mucho más acerca del derecho, antes que la vieja polémica formulada en su mayor extensión, siglos antes, por Tomás de Aquino: *Lex iniusta est non lex*. En este punto, es posible desprender el empleo de la filosofía del lenguaje ordinario, tal como fuera impulsada por P. F. Strawson años antes, en su artículo “Sobre el referir”, de 1950. Lo interesante del asunto, es que si analizamos detenidamente el uso del vocablo “derecho” en el

lenguaje natural, esto es, en nuestras interacciones lingüísticas cotidianas, seremos conscientes del modo en que identificamos los términos jurídicos con asuntos que distan bastante de la esfera de la moralidad. En otros términos, en realidad resulta más problemático afirmar la existencia de un sistema jurídico en una sociedad que carezca de tribunales de justicia, y que, no obstante, reine la justicia; antes que afirmar el punto contrario, respecto a las sociedades occidentales actuales, en que si bien rigen sistemas institucionales avanzados, no resulta para nada categórico afirmar que estemos regidos por sistemas democráticos plenos, en que el Estado de Derecho garantiza cabalmente los derechos de sus ciudadanos. Nuevamente, resulta patente el divorcio que hemos desarrollado entre el derecho y la moral en el terreno conceptual.

El enfrentamiento legado de la tradición tomista del derecho natural parece reducirse exclusivamente a círculos académicos que se vieron enfrentados a una realidad demasiado descarnada, en una coyuntura histórica oportuna para volver a cuestionarse sobre los fundamentos del derecho. Sin embargo, el análisis conceptual debe ser general para que sea posible elucidar apropiadamente un objeto. Visto así, Hart parece denunciar la palmaria ingenuidad de alzar al reino de la moralidad como el caso central del derecho, y particularmente, cualquier proyecto que afirme algún tipo de conexión necesaria entre ambos órdenes. La evidencia más clara al respecto, es el modo en que empleamos el vocablo “derecho” en la vida cotidiana.

Como bien se habrá advertido a estas alturas, en el desarrollo del presente trabajo se han empleado los términos de justicia y moralidad como si fueran prácticamente sinónimos, o bien indistintamente. Evidentemente, excedería los límites impuestos en este ensayo desarrollar pormenorizadamente las diversas acepciones que han presentado ambos vocablos, sobre todo en virtud de su considerable textura abierta. Hart considera a los principios de justicia como un segmento de la moral, una especie dentro del género. Siguiendo esta idea, autores como Robert Alexy han agregado que indudablemente, las

consideraciones relativas a la justicia pertenecen al razonamiento moral³⁷. Así, podemos aseverar con sentido que toda acción justa es a la vez moral, no así lo contrario. Existen casos en que será más apropiado referirse a los principios de justicia, dada su mayor especialidad, sin embargo, el asunto de fondo seguirá siendo su moralidad subyacente. Señala que la justicia constituye un segmento de la moral que no se refiere primariamente a la conducta individual sino a la forma cómo son tratados *clases* de individuos. Es esto lo que da a la justicia su especial relevancia para la crítica del derecho y de otras instituciones públicas o sociales³⁸. Afirma el autor que la noción de justicia cobra mayor sentido en relación a las cuestiones sobre compensación y distribución. El legado de Aristóteles es innegable.

Siguiendo con la noción de justicia, Hart alude expresamente a los llamados principios de Justicia Natural, como son llamados en el mundo angloamericano, los cuales adquieren una importancia fundamental en las normas jurídicas procesales, y se alzan como un conjunto de propiedades inherentes al mismo significado de un ordenamiento jurídico. Agrega expresamente que es un error identificar la justicia de una acción ligándola con su conformidad con el derecho. Como buen positivista incluyente, es necesario enfatizar su nulo compromiso con el positivismo jurídico en tanto ideología.

El autor reconoce ciertas semejanzas que poseen las normas jurídicas con las normas morales, y que se explica gracias al vocabulario que comparten. Tal es el caso con nociones tales como “obligación”, “deber”, “sanción” o “culpa”. Admite que si bien resulta bastante sencillo formular sus semejanzas, la empresa de formular sus diferencias, o delimitarlas, ha resultado históricamente más engorroso para la teoría jurídica. Parte desarrollando, y criticando abiertamente, una de las propuestas clásicas: las normas jurídicas se encargan de regular el comportamiento externo, mientras que las normas morales buscan regular la esfera interna del sujeto, sus intenciones o buena voluntad. Hart señala que es

³⁷ ALEXY, Robert. Op. Cit. 67p.

³⁸ HART, H.L.A. Op. Cit. 208p.

erróneo, vago y simplista aducir que la moral reclame sencillamente la buena fe de los individuos, aunque admite que tal punto de partida puede resultar fructífero en la empresa de desarrollar las diferencias entre ambos tipos de normas. De esta forma, presenta cuatro características cardinales, que colectivamente aportan un insumo para distinguir a las normas morales de las jurídicas.

En primer lugar, la importancia. Ninguna regla que forme parte de la moral de una sociedad carecerá de este rasgo, ya que si nadie la considera digna de ser observada, resultaría absurdo admitirla como perteneciente a la moral social. Tratándose de las reglas jurídicas o las meras normas de etiqueta, encontraremos innumerables casos en que su importancia para la sociedad en su conjunto será escasa, ya que no todas ellas guarnecen bienes que se consideren esenciales para el devenir de la sociedad.

En segundo lugar, la inmunidad al cambio deliberado, ya que las normas morales no son susceptibles de ser modificadas mediante la ejecución de algún acto premeditado, aunque se encuentre revestido de algún tipo de autoridad, dada su misma naturaleza. En realidad, las reglas morales sujetan su modificación al desarrollo de complejos y extensos procesos sociales, en que la determinación exacta de su vigencia resulta una tarea sencillamente inabarcable. Tal particularidad se vincula con el supuesto carácter extra-científico que presentan, siguiendo las ideas más ortodoxas del positivismo.

En tercer lugar, el carácter voluntario de las transgresiones morales. En este punto el autor argumenta directamente en contra del postulado básico inicial, referente al carácter "interno" de las normas morales y al "externo" de las normas jurídicas. El carácter interno de la moral no significa que ésta no sea una forma de control de la conducta externa, sino que sencillamente se alza como una condición necesaria de la responsabilidad moral que el individuo tenga un cierto tipo de control sobre su conducta³⁹.

³⁹ HART, H.L.A. Op. Cit. 222p.

Por último, la forma de presión moral. Tratándose de la transgresión de este tipo de normas, el elemento disuasivo se caracteriza por los mismos sentimientos de remordimiento o culpa que carcomen a quien las infringe, o bien por la reprobación social, ya que la importancia de su cumplimiento se remite al respeto de las reglas en sí mismas. Respecto a las normas jurídicas, existe un conjunto de sanciones configuradas por el sistema jurídico que varían dependiendo de cada caso (nulidad, inexistencia jurídica, presidio, multa, etc.).

Señala Hart que las referidas características propias de las reglas morales poseen un carácter meramente formal, ya que no dicen nada acerca del contenido de la moral social misma. Sin embargo, es factible postular un núcleo del cual derivan todos los sistemas morales, siendo posible desprender -entre otros principios- la proscripción de la violencia sobre las personas y las cosas, así como también exigencias recaídas en aspectos tales como la honestidad y el respeto a las personas. Agrega el autor que la estructura moral de una sociedad ha de cumplir otros dos requisitos adicionales, ya que la moral imperante en algún tiempo y lugar nos podrá parecer sumamente criticable si se encuentra desprovista de los siguientes elementos: la racionalidad y la generalidad. Respecto al primer punto, el argumento discurre en torno a una visión notoriamente liberal, en que la misma categoría de “racional” es única y exclusivamente la que sostienen las democracias occidentales del siglo XX, al amparo de los valores supremos de libertad, igualdad y fraternidad, que nuestro autor menciona expresamente. Al igual que sucede con su visión del derecho, su visión de la moralidad se caracteriza por referirse a sistemas avanzados, robustos y refinados; so pena de degenerar en órdenes de conducta demasiado primitivos que no revisten mayor interés académico.

Existe un cierto test de selectividad en su obra, pues se interesará sólo en determinados sistemas jurídicos: robustos y maduros, lo cual significa que no toda forma de resolución de conflictos logra la categoría de sistema jurídico, únicamente aquellos que reúnen un punto de vista interno y externo, además de la presencia y operatividad de normas primarias y secundarias. Así por ejemplo,

Dworkin, en una lectura que hace de la obra de su predecesor, indica que acerca de las comunidades primitivas que sólo tienen normas primarias, no se puede decir que tengan derecho, porque no hay manera de distinguir un conjunto de normas jurídicas de las otras reglas sociales, ya que la fuente de su obligatoriedad será meramente la práctica de su aceptación general, mas no su validez⁴⁰.

También a partir de esta línea argumentativa podemos contrastar las diferentes posturas meta-éticas presentes en la obra de Hart y Kelsen, ya que a diferencia del autor austriaco, el pensador británico muestra una adherencia más marcada al sistema moral mencionado, apartándose de las pretensiones de “purificación” de la teoría jurídica de Kelsen. En este sentido, la obra de Hart adopta una postura bastante menos indulgente con los principios del relativismo axiológico, sin caer en el cognoscitivism ético. Tanto en lo relativo a la tesis de la separación como respecto a la meta-ética, Hart asume posturas intermedias. Ahora bien, cabe recalcar que para el pensador analítico, de la adopción de tales teorías éticas no se sigue ninguna consecuencia directa para el problema de la conexión entre el derecho que socialmente existe y el derecho que debe ser, esto es, para el problema de la demarcación. Si asumimos, por ejemplo, una postura objetivista y cognoscitiva, nos encontraremos facultados para demostrar la iniquidad de alguna norma jurídica. Sin embargo, tal demostración no cambiará en lo absoluto el estatus jurídico de tal norma. La tesis de la separación es independiente a la aceptación de cualquier visión meta-ética.

Como digno representante de la tradición analítica, el autor muestra una marcada tendencia a clasificar y administrar el problema. En este contexto, parece más importante enumerar un catálogo cerrado de requisitos que debe cumplir la moral social para que sea digna de recibir tal calificativo. Sin embargo, si nos remitimos a asuntos de contenido, el argumento es más vago y general. Regularmente, resulta más complejo abordar directamente los problemas de fondo.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel. Barcelona. (1989). 70p. Por supuesto, siguiendo a Hart, la forma de identificar qué normas revisten un carácter jurídico, es apelando a la regla de reconocimiento. A este tipo de norma secundaria alude expresamente Dworkin.

En síntesis, si realizamos una interpretación global de la obra hartiana, -como una totalidad dotada de coherencia interna- podremos deducir que detrás de la tesis de la conexión contingente existe un cisma entre un enfoque conceptual y práctico del derecho. Como bien se indicó al inicio de este trabajo, el territorio en disputa que subyace a nuestro problema es el terreno de lo conceptual. En relación a esto, es claro que Hart adhiere a la tesis de la separabilidad, sin embargo, perfila una postura distinta a la de sus antecesores positivistas. Tal matiz se materializará en la insistencia de que existe un permanente “encuentro”, de facto, entre las prescripciones jurídicas y morales, y aún más, es deseable que así ocurra. De aquí se desprende el núcleo de lo que conocemos bajo el rótulo de positivismo incluyente o “suave”. Así también, al describir el funcionamiento del derecho, reconoce la presencia de valores en la regla de reconocimiento, como los que están consagrados en la Constitución. No obstante, lo mencionado en nada cambia el sustrato ontológico que es propio del positivismo: no existe ninguna conexión conceptual o necesaria entre derecho y moral. Lo necesario, entendido como todo aquello que es forzoso o inevitable, que se encuentra determinado en su totalidad. Lo contingente, entendido como aquello que puede suceder o no, que se encuentra susceptible de seguir más de un destino, aunque de hecho, suele adoptar un destino determinado (y ocasionalmente, deseable).

Sin ánimo de profundizar en clásicos asuntos epistemológicos, lo indicado guarda relación con la misma naturaleza de las proposiciones lógicas y empíricas. En términos simples, los objetos lógicos o formales se encuentran regidos por el principio de la necesidad, en tanto que los objetos y fenómenos empíricos se sujetan al principio de la contingencia⁴¹. Siguiendo tal línea argumentativa podemos sostener un nuevo “golpe mortal” propinado a la doctrina del derecho natural, ya que además de confundir las categorías de lo descriptivo y prescriptivo, confunden lo conceptual con lo práctico, lo lógico con lo empírico. En efecto, Hart ha sido enfático en resaltar la vinculación meramente contingente, no obstante, es

⁴¹ Así, la proposición “ $2+2=4$ ” será cierta en todos los mundos posibles. En tanto que el enunciado “Michelle Bachelet ganó la candidatura presidencial” es cierta, pero pudo no haberlo sido, dado que pertenece al reino de lo empírico. Por tanto, lo que se encuentra sujeto a la probabilidad, revestirá siempre un carácter contingente.

así porque ésta se encarna en el derecho en funcionamiento -un funcionamiento, digamos, ideal- no en el derecho como concepto.

2.4. Ronald Dworkin y la determinación del derecho por criterios de moralidad

Como se ha adelantado previamente, la irrupción del norteamericano Ronald Dworkin, desde la aparición en 1967 de su texto “El Modelo de las Normas I”⁴² significó el comienzo del debate teórico jurídico más influyente del siglo. Sin embargo, la caracterización de este debate ha sido fuente de disputas teóricas secundarias, ya que la cuestión central que está en juego no ha sido determinada con exactitud, ni siquiera por sus mismos partícipes. De esta forma, numerosos autores han señalado que no existe un verdadero punto de convergencia entre ambos pensadores, en tanto rivales, ya que estarían discutiendo asuntos distintos. En realidad, el debate se ha bifurcado en variadas aristas, abarcando asuntos tan dispares como la existencia de la discrecionalidad judicial, el papel de los argumentos políticos en la aplicación judicial del derecho, los fundamentos ontológicos de las reglas, la posibilidad de una teoría jurídica descriptiva, la función del derecho, la objetividad de los valores, la vaguedad de los conceptos y la naturaleza de la inferencia jurídica⁴³.

Sin embargo, es posible sostener que tal debate gravita en torno al lugar en que la filosofía del derecho está: la relación entre legalidad y moralidad. Siguiendo a Shapiro, la estrategia básica de Dworkin será afirmar que la legalidad se determina finalmente no sólo por hechos sociales, sino también por hechos morales. Así, la existencia y contenido del derecho positivo están determinados, en un análisis final, por la existencia y el contenido de la ley moral⁴⁴. El autor sostiene que regularmente, la regla de reconocimiento de una comunidad –esto

⁴² Que luego será recogido en su libro *Los derechos en serio*, publicado en 1977.

⁴³ SHAPIRO, Scott J. “El debate Hart-Dworkin: Una breve guía para perplejos”, en: *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la Ley*. Tirant Lo Blanch. Valencia. (2012). 145-146p.

⁴⁴ SHAPIRO, Scott J. Op. Cit. 147p.

es, la norma secundaria que estipula o suministra de qué manera han de ser identificadas las normas jurídicas- se confunde con sus normas de moralidad.

El proyecto de Dworkin se puede caracterizar, también, como una crítica sistemática a la idea de que es posible identificar el derecho vigente en una sociedad a partir de un parámetro independiente de la moral. De esta forma, por ejemplo, una vez que un conjunto de principios y directrices son aceptados como derecho, de ello se sigue que las normas que se enuncian por primera vez en casos emblemáticos, deben su fuerza, al menos parcialmente, a la autoridad de principios y directrices políticas, y no exclusivamente a la regla de reconocimiento⁴⁵. Una de las principales críticas, entonces, es afirmar que la legalidad de los principios no dependen únicamente de su linaje o pedigrí, sino que ocasionalmente, simplemente por su contenido, esto es, por sus propiedades morales intrínsecas. Sostiene que es erróneo suponer que en todo sistema legal ha de haber algún criterio fundamental y comúnmente reconocido que permita determinar qué estándares cuentan como derecho y cuáles no, no es posible establecer una distinción final entre los estándares legales y morales, como afirma el positivismo⁴⁶. Por supuesto, en la tesis opuesta se funda la separación conceptual entre derecho y moral, cuyo mayor blindaje será sostener la existencia de la regla de reconocimiento⁴⁷, por ser un parámetro independiente de la moral.

Así, Dworkin es abiertamente opositor a la tesis de la “norma social”, la cual, en uno de sus enunciados, afirma que en toda nación con un sistema jurídico evolucionado, existe dentro de la comunidad de sus jueces alguna norma social que delimita su deber de reconocer como derecho alguna norma o principio. El desacuerdo entre ambos autores se centra en esta tesis. En Hart, encontramos la tradicional idea de que las normas jurídicas se pueden distinguir de las normas

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Op. Cit. 98-99p.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. Op. Cit. 102p.

⁴⁷ A diferencia de la norma hipotética fundamental de Kelsen, la regla de reconocimiento no opera como un mero supuesto o hipótesis, sino como una práctica uniforme y general de aceptación de una regla jurídica suprema, como la Constitución o lo que promulgue el Parlamento. Es constatable empíricamente, aunque tal constatación suela ser vaga. Probablemente sea ésta una expresión de la “sociología descriptiva” que Hart afirmaba realizar, ya que el término ha generado innumerables perplejidades en la teoría jurídica.

morales y políticas. Dworkin, por su parte, es crítico respecto a la solidez de esta norma social. Aun admitiendo la existencia de la regla de reconocimiento, presenta grados de incerteza que debilitan al positivismo hartiano. No existiría entre los funcionarios y ciudadanos un verdadero consenso sobre una regla de reconocimiento simple como la que enuncia. Además, siendo valorativamente neutra, no explica óptimamente los desacuerdos valorativos en el derecho⁴⁸, recaídos, sobre todo, en la interpretación y aplicación de principios. Simplemente no concuerda con el concepto de una norma social, no suministra criterios firmes que determinen su estatus jurídico, aspecto que el mismo Hart ha reconocido, aunque insiste en su existencia. La tesis de los derechos a la que suscribe Dworkin, por su parte, sostiene que las decisiones judiciales imponen derechos políticos existentes: puesto que en la sociedad civil, los derechos de un individuo dependen de la práctica y de la justicia de sus decisiones políticas, siendo los derechos políticos, a su vez, producto de la historia y cómo no, de la moralidad⁴⁹. El criterio identificador no revestirá un carácter fundamentalmente social, sino que valorativo. Las normas deben ser consistentes con la moralidad política subyacente a las instituciones jurídicas reconocidas por la comunidad. El filtro no recae sólo en la aceptación social, sino que también es justificativo. Éste es uno de los pilares de su visión del derecho como integridad. En la práctica jurídica se integra el derecho con la moral.

Agrega que en el modelo de Hart las reglas sociales están constituidas por una conducta uniforme de las personas que conforman el grupo social, unida a la utilización de dichas reglas como fuente de críticas y exigencias. No obstante, estas dos características no explican satisfactoriamente la existencia de reglas sociales como las morales, porque éstas son reivindicadas independientemente de la frecuencia con que son acatadas⁵⁰. La moral social no es un asunto cuya fuerza u obligatoriedad se encuentre limitada empíricamente, sino que superan toda contingencia.

⁴⁸ No es exacto que Hart sostenga este punto.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. Op. Cit. 154p.

⁵⁰ RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*. Siglo del Hombre Editores. (1997). 37p.

Ahora bien, siguiendo este punto, con Dworkin se inaugura otra esfera de discusión, pues el asunto ahora es también de método, se cuestiona el autor: ¿Puede Hart dar cuenta del fenómeno jurídico? La respuesta será negativa, ya que presenta un modelo basado en reglas, de y para normas. Únicamente podría evidenciar la existencia de las normas⁵¹. Los positivistas incurrirían en el error, en lo particular, de identificar todo estándar de derecho con una norma, y en general, en asociar al derecho en sí exclusivamente con las normas.

El diagnóstico del pensador norteamericano es afirmar que los jueces igualmente aplican principios y directrices de carácter moral, oponiéndose expresamente a la idea de que el derecho se encuentre conformado por un conjunto fijo de estándares, del tipo que sean. Los principios cobran una importancia fundamental en la resolución de los llamados “casos difíciles”, término que popularizó en la teoría jurídica. Si seguimos la presuposición de que, para cada caso presentado en tribunales existe una sola respuesta jurídica correcta, según el autor, este sistema no se encuentra definido exclusivamente por las normas jurídicas, sino también por principios y directrices políticas, existiendo una distinción lógica entre estas categorías. La mencionada asunción parece criticable debido a que parte desde un postulado que no encuentra sustento empírico real, no se visualizan motivos de peso para razonar de acuerdo a esa fórmula, ya que además simplifica bastante la naturaleza de las controversias jurídicas, como si el derecho fuera una entidad ideal dotada de todas las respuestas, o más aún, dotada de una sola respuesta correcta en cada caso. Por lo mismo, se la ha calificado como un “noble soñador, el más grande de todos”⁵². Sin embargo, por el momento interesa perfilar los aspectos centrales de su teoría.

Dworkin sostiene que el positivismo hartiano yerra en formular la pregunta central, ‘¿Qué es el derecho?’, pues lo importante es dar respuesta a la interrogante:

⁵¹ Tal crítica tampoco es exacta, por lo mismo Hart aclarará el punto en su Post-Scriptum, publicado en 1994. Reconoce que, en pocas palabras, efectivamente le dio una atención inmerecida a los principios. Sin embargo, de su teoría no se desprende que los haya negado u omitido.

⁵² HART, H.L.A. “*American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*”, en: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. (1983). 123-144p.

‘¿Cómo se aplica el derecho?’. Se ofrece un cariz diferente del problema, ya que la argumentación en torno al contenido mismo de las normas jurídicas es más bien escasa, lo que interesa es el derecho en acción. Al respecto, Hart ha indicado que su teoría -a diferencia del proyecto dworkiniano- no exhibe un carácter particular o evaluativo. Lo dicho significa que, en el primer punto, Dworkin afirmaría reconstruir la teoría del derecho como una teoría de la adjudicación judicial, esto es, de los fallos centrados en una comunidad específica de jueces, concretizando el problema; y en el segundo punto, concibiendo al derecho como un fenómeno de integridad e interpretación, dado que cada partícipe adopta alguna posición de justicia política -máxime tratándose de los jueces- siendo íntegro, pues a falta de normas que resuelvan un conflicto de relevancia jurídica, siempre podremos ampararnos en principios morales que totalizan al derecho. Si en Hart nos encontramos con una virtual libertad del juez, en Dworkin existe una necesaria vinculación del adjudicador con el principio moral. Así, formula y desarrolla una metodología de la interpretación, expresando una concepción coherente de justicia y equidad, que trasunta al sistema jurídico, concebido como unidad.

En relación a esta nueva formulación de la pregunta central, afirma Dworkin que si una teoría del derecho ha de proporcionar una base para el deber judicial, los principios que enuncia deben tratar de justificar las normas establecidas. Esta operación implica necesariamente identificar las tradiciones morales de la comunidad, que en última instancia fundamentan realmente las normas. Este proceso de justificación conduce a profundizar en la teoría moral⁵³.

Volviendo al punto señalado con anterioridad, en torno al vínculo entre lo jurídico y lo institucional, el autor indica que ni siquiera el poner a prueba el apoyo institucional provee las herramientas suficientes para diferenciar a un conjunto de principios jurídicos del conjunto más amplio de principios morales o políticos⁵⁴.

⁵³ DWORKIN, Ronald. Op. Cit. 129p.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. Op. Cit. 130p.

Dworkin elabora una distinción –recaída en la decisión judicial- que cobra especial relevancia en la defensa de su tesis: los argumentos políticos y los argumentos de principio. Así, los argumentos políticos justifican una decisión política demostrando que favorece alguna meta colectiva de la comunidad, regularmente se enfocan en metas económicas. Los argumentos de principio, por su parte, justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o colectivo, su justificación es de tipo moral, claramente⁵⁵. Las decisiones judiciales forman parte de las decisiones políticas, en un sentido amplio. Siguiendo tal categorización, el autor sostiene que las decisiones judiciales en los casos difíciles deben seguirse por argumentos de principio, no políticos. Así también, el conjunto de argumentos de principio exige una coherencia interna que no aplica a los argumentos políticos, ya que éstos se encuentran sujetos a las exigencias de la situación socio-política que lo rodea. Otorgar un subsidio al transporte público puede ser conveniente en la actualidad, lo cual no obsta a que tal decisión varíe en unos años más.

Claramente los argumentos de principio envuelven una naturaleza distinta, “eterna”, si se quiere. Como si apelaran a una suerte de Justicia Natural. La guía que proveen los argumentos de principio en las decisiones judiciales, explica a su vez la aplicación de juicios de moralidad política que emplean los jueces en la decisión de cuáles son los derechos jurídicos de los litigantes. Precisamente es en este tipo de razonamiento argumentativo donde encontramos una conexión más patente entre el derecho, -materializado en la fase de la adjudicación judicial- y la moral, -encarnada en lo que Dworkin entiende por moralidad política-. No resulta factible separar ambas esferas en lo que concierne a la orientación judicial que brindan los argumentos de principio. La simbiosis es patente en esta fase.

A modo de ilustrar aún más su hilo argumentativo, el autor afirma que la tesis de los derechos prevé que los jueces decidan los casos difíciles confirmando o negando derechos concretos. No obstante, estos derechos han de ser

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. Op. Cit. 148p. De tipo moral, en tanto no forme parte de una ética utilitarista. En esta línea, ambos tipos de argumentos tienden a confundirse. Dworkin evidentemente no suscribe a estos postulados. Así, la distinción se mantiene.

institucionales, y dentro de lo institucional, jurídicos y no de otro tipo. Un lugar bastante común entre los juristas y filósofos del derecho es el de comparar a las normas jurídicas con las reglas del ajedrez a modo de esclarecer sus ideas. Dworkin no es la excepción. Se pueden encontrar derechos institucionales en instituciones con un carácter, digamos, extra-jurídico. Tal es el caso de los torneos de ajedrez. Si alguno de los jugadores da mate a su adversario, aquél tendrá derecho a que se le reconozca como el ganador. Sin embargo, en este tipo de instancias, ninguno de los participantes se encuentra facultado para reclamar derecho alguno apelando directamente a criterios de moralidad. El conjunto de reglas que rigen el ejercicio del deporte ciencia es más bien cerrado, e indubitado. Si bien existe la ciencia del ajedrez –siendo un juego sumamente complejo– difícilmente podríamos elaborar una ciencia de las reglas del ajedrez⁵⁶, a diferencia de las normas jurídicas, una ciencia del derecho.

Así, se podrá afirmar que las reglas de este juego presentan un rango de “textura abierta” mucho menor. Siguiendo este punto, el autor sostiene que nos encontramos frente a una institución autónoma. Bajo este rótulo, evidentemente, autónoma en relación a las reglas que rigen la moral social, ya que el conjunto de las reglas del juego se bastan a sí mismas, rigiendo un espacio demasiado limitado del tejido social. ¿Qué sucede con la legislación? Pues será sólo parcialmente autónoma en este sentido. La autonomía institucional aísla el deber institucional del funcionario de la mayor parte de la moralidad política básica⁵⁷. Se trata de una cuestión de grados. De alguna forma, la moralidad política “invade”, inevitablemente, el proceso de judicación. Los jueces, en los casos difíciles, no tienen discrecionalidad para crear derecho, por el contrario, deben aplicar los principios vigentes en el sistema jurídico. El norteamericano concibe la judicación como una tarea gobernada por una virtud presente en las culturas jurídicas y

⁵⁶ Una cosa es teorizar acerca del juego mismo, su estrategia, la táctica, el aspecto psicológico, etc., a partir de un conjunto dado de reglas, que a nadie interesa impugnar. Esta bibliografía es una de las más vastas del mundo deportivo. Cosa distinta será realizar el mismo ejercicio en torno a las reglas que norman el deporte ciencia. Tal empresa no resulta importante en términos sociales, ni un desafío intelectual, ya que, sin ir más lejos, será infructuoso cuestionar qué tipo de relación habrá entre este tipo de reglas y la moral social.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. Op. Cit. 171-172p.

morales de las que se ocupa. Esa virtud es la integridad, entendida como el compromiso de los jueces, de tratar a los litigantes de forma consistente con los principios de moralidad política plasmados en las instituciones de la comunidad⁵⁸. En lo particular, habrá que interrogarse sobre qué conjunto de principios brinda la mejor justificación del derecho en un área determinada.

En el fondo, de lo que se trata, de es de proveer la mejor justificación moral para las prácticas jurídicas, y de enfatizar de qué manera la moralidad política “plaga” ciertos espacios de la actividad humana, concibiéndolo como un fenómeno empíricamente comprobable, y deseable para la aplicación judicial. La lectura de una discrecionalidad judicial, según la cual no habiendo norma aplicable, el juez se remitirá a fuentes “extra-jurídicas”, no guarda armonía con la noción del derecho como integridad, el cual exige que los casos similares sean tratados de manera similar, condenando las leyes y sentencias basadas en distinciones caprichosas. La inclusión de principios garantiza la integridad del proceso de adjudicación judicial. No hay discreción judicial, la interpretación del juez es un proceso unitario en que las normas permean la decisión desde el momento del planteamiento del caso hasta la redacción de la sentencia⁵⁹.

Al respecto, Dworkin se pregunta: “¿Cuáles son los principios morales/políticos más atractivos que, si seguidos, pueden dar cuenta de la mayor parte de las decisiones políticas coactivas que nuestra sociedad ha tomado?” En palabras del profesor norteamericano Larry Alexander, es una pregunta “realmente rara”⁶⁰. En un primer sentido, efectivamente es una pregunta un tanto extraña, sencillamente por el modo en que se encuentra formulada. Otra interpretación, más sustantiva, es que su desconcierto se explique debido a que no parece un cuestionamiento propio de la teoría jurídica, ya que no se interroga sobre los clásicos asuntos fácticos del positivismo, ni morales del iusnaturalismo. Escapa del canon, siendo más preciso abordarla como una pregunta de filosofía política. De lo que se trata,

⁵⁸ RODRÍGUEZ, César. Op. Cit. 42p.

⁵⁹ RODRÍGUEZ, César. Op. Cit. 76p.

⁶⁰ LEITER, Brian. “Más allá del debate Hart/Dworkin: El problema de la metodología en la teoría del derecho”, en *Neutralidad y teoría del derecho*. Ed. Marcial Pons. (2012). 219p. (Ver pie de página).

en el fondo, es de encontrar la mejor justificación para ceder el ejercicio del poder coactivo legítimo al Estado. ¿Cuál es el fundamento para este “invento” de la modernidad? Es alrededor de esta interrogante que gravita lo medular de su teoría. Lo que sugiere, o derechamente sostiene el autor, es que tal ejercicio se verá justificado en tanto cumpla con los requerimientos y exigencias propios de la moralidad política que la comunidad ha aceptado como propia. Así las cosas, se puede interpretar como una propuesta, en cierto sentido, anti-anarquista, ya que pretende legitimar lo que el anarquismo clásico siempre ha deslegitimado: el ejercicio monopólico del poder coactivo por parte del Estado, y en última instancia, la misma existencia de esta entidad. En Dworkin, este poder se encontrará legitimado en tanto siga los principios señalados, en el anarquismo, este poder será *per se* ilegítimo. En este esquema no parece haber mayor diálogo con sus colegas. Sobre todo con quienes aducen efectuar un análisis descriptivo del derecho.

Llegados a este punto, cabrá afirmar que es justamente en el tópico de la discrecionalidad judicial donde el debate cobra más fuerza, ya que es en este lugar donde la vinculación entre legalidad y moralidad asume un rol de mayor trascendencia. Ya se han señalado algunos puntos al respecto. Dworkin, para efectos de destacar aún más sus diferencias con Hart, desarrolla las ideas de dos jueces filósofos hipotéticos: Hércules y Herbert. Ciertamente, el primero representa sus propias ideas, en tanto que el segundo, en honor a su eterno rival. Herbert no considera si debe consultar la moralidad popular, en tanto no fije los derechos de las partes. Ésta es la teoría ordinaria de la adjudicación, decidiendo el caso en dos etapas: encontrando el límite de lo que el derecho exige, y luego, si es necesario, ejercitar la discrecionalidad sobre asuntos que la legislación no abarca. Hércules, en cambio, cuando determina derechos, ya ha tenido en consideración las tradiciones morales de la comunidad, tal y como se hallan expresadas en todo el cuerpo de material institucional que él debe interpretar.

Además, su teoría identifica una concepción particular de la moralidad comunitaria como decisiva para los problemas jurídicos. Tal visión afirma que la moralidad

comunitaria es la moralidad política que presuponen las leyes e instituciones de la comunidad⁶¹. Hércules tampoco podría aferrarse a la “opinión del hombre común”, por muy mayoritaria que sea, ya que seguir esta línea podría vulnerar los derechos institucionales de los litigantes, y llegar a un resultado injusto. Las propiedades morales intrínsecas que van presupuestas en el corpus institucional de la comunidad parecen ser la mejor guía. De esta forma, se podrá cuestionar cuál de las dos alternativas, en realidad, respeta mejor el principio democrático. Y es que pocos vocablos presentan un rango de textura abierta tan amplio como “democracia”. Sin ir más lejos, en la historia política de nuestro país se ha abusado cínicamente en el empleo de esta recurrida palabra, para apoyar posturas abiertamente antidemocráticas. Dworkin también es consciente de esto.

Abordaremos sucintamente la réplica esbozada por Hart en su Post-Scriptum, en lo relativo a las relaciones entre derecho y moral, y sobre la discreción judicial. Respecto al primer punto, argumenta que son los derechos y deberes los casos centrales para identificar cómo opera el Derecho, ya que protegen la libertad individual, siendo de una importancia fundamental, con independencia de su corrección moral. Es un argumento eminentemente liberal. Junto con esto, indica que la teoría de su rival cumple una doble función: identificar el derecho y darle una justificación moral. En el caso de su teoría, sólo cumple la primera función. Así, la tesis de la fuente social se mantiene. Respecto al segundo punto, sostiene que el proceso de creación del derecho es ineludible, ya que en los casos difíciles suelen plantearse principios contradictorios entre sí, y el juez tendrá que elegir en base a su propio sentido de lo que es mejor, y no en algún orden de prelación proveído por el derecho, que por lo demás, es inexistente. De esta forma, impugna la visión del derecho como integridad. A su vez, critica el argumento acerca del vicio antidemocrático que irrogaría necesariamente al proceso de creación jurídica en los jueces, ya que es común en las democracias occidentales la delegación de esta función desde el legislativo hacia el ejecutivo y judicial, y que por lo demás,

⁶¹ DWORKIN, Ronald. Op. Cit. 201-203p.

es un precio menor a pagar. Por el contrario, nos brinda una democracia más eficaz⁶².

Al sostener Hart que su teoría presenta un carácter general, significa que no pretende dar cuenta de un sistema jurídico en particular, y al indicar que reviste un carácter descriptivo, implica que no es una filosofía política, sino teoría jurídica. Ésta es la acusación central y más importante de su Post-Scriptum. Así, fundamentalmente a partir de estos dos puntos se podría inferir una suerte de inconmensurabilidad filosófica entre ambas doctrinas, ya que no habría un lenguaje teórico común, no llegarían a cruzarse. La respuesta de Dworkin será implacable, ya que impugnará directamente la mera posibilidad de construir una teoría jurídica que sea “general y descriptiva”.

2.5. La diatriba contra las posiciones “arquimedeanas”: el derecho no tiene ADN

De acuerdo a Dworkin, la insistente y clásica separación entre el ser y el deber ha mermado desastrosamente a la teoría jurídica. Entiende por arquimedeanismo una concepción de la filosofía en la cual los especialistas estudian alrededor de, pero sin participar de algún tipo particular de práctica social. Examinan, desde fuera y por encima de ellas, la moral, la política y el derecho. Distinguen el discurso de primer orden de la práctica que estudian, desde sus propias plataformas de meta-discurso, expresando que sus propias teorías no son juicios de valor, revistiendo un carácter netamente conceptual o descriptivo. Dworkin sostiene que las definiciones o análisis de conceptos tales como igualdad, libertad y derecho son tan sustantivos, normativos y comprometidos como cualquiera de las opiniones en disputa en las batallas políticas que persisten alrededor de estos ideales. De acuerdo al positivismo metodológico de Hart, la teoría del derecho debe ofrecer una descripción neutral del fenómeno jurídico. La pretensión en este sentido estaría mal concebida. Todos los conceptos jurídicos serían políticos. Será

⁶² HART, H.L.A. “Post Scriptum (El concepto de derecho)”. Estudios Públicos. N° 65. (1997). 255-263p.

errónea la suposición de que todo problema se diluye al describirlo, sin compromiso alguno. Los conceptos que plagan al mundo del derecho sencillamente no pueden ser pensados descriptivamente, ya que en última instancia persiguen solucionar un conflicto político entramado en una regla jurídica. Esconden debates políticos de fondo.

La argumentación jurídica es de modo característico y penetrante, argumentación moral. Los abogados deben decidir cuál de los conjuntos de principios en competencia provee la mejor –la moralmente más convincente- justificación de la práctica jurídica como un todo⁶³. Un lugar común entre los filósofos arquimedeanos será hacer análisis conceptual sobre este tipo de conceptos –en sí mismos- sin involucrar razonamiento normativo. Sin embargo, esto arroja una patente contradicción en el discurso práctico. Dworkin se pregunta: ‘Si la definición de democracia o libertad es realmente un asunto neutral –de entrada-, sin implicaciones para el debate y decisión sustantivos, entonces ¿por qué habrían los políticos y ciudadanos de perder el tiempo discutiendo sobre ello?’⁶⁴. En lo único que estamos de acuerdo al entrar en este tipo de debates, es sobre la noción que estamos tratando, además de su importancia. Pero no en lo sustantivo, es decir, en lo que realmente significan estas nociones, cuál es su alcance.

El análisis conceptual –en su versión ordinaria- resulta totalmente infructuoso en esta empresa, es un sinsentido. Tanto el neo-liberalismo como el anarquismo clásico se declaran a favor de la libertad en el mundo. No hace falta un análisis demasiado exhaustivo para descubrir que hablan de conceptos demasiado distintos de libertad. Desde tiempos inmemoriales, y seguramente en la actualidad con mayor vigor, desde todas las veredas los filósofos y políticos se han proclamado como los verdaderos paladines de la libertad, el valor supremo, para muchos. Irónicamente, los mayores desacuerdos recaen, precisamente, en lo fundamental. Este impresionante rango de textura abierta se explica porque son conceptos que dependen inexorablemente de las creencias y actitudes de las

⁶³ DWORKIN, Ronald. “El Postcríptum de Hart y el carácter de la Filosofía Política”. *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, n° 1 (2004). 6p.

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. Op. Cit. 9p.

personas. No se encuentran dados, eyectados en el mundo, esperando a ser descubiertos. No son clases naturales.

Ahora bien, el autor plantea una clasificación de los conceptos según la función que cumplen. Algunos se caracterizan por funcionar de un modo criteriológico, como la noción de soltero; otros como concepto de clase natural, como lo encontramos en el concepto de tigre; y por último, los conceptos interpretativos, como ocurre con justicia y democracia. Así, a diferencia de los conceptos criteriológicos y de clase natural, para efectuar un análisis fructífero de un concepto interpretativo, éste no puede ser neutral, debe unirse a la cuestión de las controversias que espera esclarecer, ineludiblemente. El positivismo jurídico yerra en este sentido, pues asume que todos los conceptos de derecho son criteriológicos. Es a esta errada asunción a la que Dworkin denomina como el “Aguijón Semántico”⁶⁵. Si en Hart el análisis conceptual se enmarca en un proyecto, ya no de definición del derecho, sino de la correcta elucidación del fenómeno jurídico, concebido en tanto fenómeno de carácter social; en Dworkin se nutre a partir de una teoría semántica encaminada a distinguir las distintas funciones que cumplen los diversos conceptos de derecho, y de esta manera, evitar caer en la fatal picadura del aguijón semántico, del que han sido víctimas gran parte de los positivistas. De alguna forma, igualmente incurre en análisis conceptual, pero de un modo muy distinto.

Volviendo al punto previo, será imposible, sostiene el autor, distinguir las afirmaciones de primer y segundo orden de manera suficiente como para asignarles categorías lógicas distintas⁶⁶. La estrategia capital de Dworkin será demostrar que la tesis de las fuentes de Hart, por muy descriptiva que aduzca ser, de igual manera tomará partido, ya que el seguimiento de la tesis de la fuente

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *La justicia con toga*. Marcial Pons. (2007). 243-245p. A mayor abundamiento, los distintos conceptos de derecho que distingue Dworkin son el doctrinal, que usamos para determinar qué exige, prohíbe o permite el derecho; el sociológico, para describir una forma de organización social; el taxonómico, para clasificar una regla o principio como jurídico; y el aspiracional, que usamos al describir una virtud política específica.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. “El Postcríptum de Hart y el carácter de la Filosofía Política”. Op. Cit. 19p.

social dará un resultado distinto en sede judicial, antes que si se siguiera la tesis de los derechos, o alguna otra. Si bien esto se puede interpretar como una descripción de cómo habitualmente, de hecho, los jueces resuelven las controversias, de todas formas se vislumbra una fase normativa de la tesis, ya que Hart expresa que la fuente es social, no moral, y esto está lejos de ser un enunciado meramente descriptivo. Toma parte por el ideal positivista. Así, el positivismo metodológico es un proyecto ilusorio, destinado al fracaso. Si el derecho efectivamente es un concepto interpretativo, esto traerá como resultado que los hechos morales figuran en las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas. Tanto la argumentación como el razonamiento jurídicos, revisten una naturaleza, a su vez, moral.

De alguna forma, Dworkin parece extender demasiado el alcance de su argumento, ya que si bien podemos conceder que del seguimiento de la tesis descriptiva de Hart, se desprendan consecuencias morales, esto no significa que ésta moralidad consecuente se extienda a la tesis de la que se origina.

El desacuerdo teórico es fundamental, pues recae en el rol que juega la moralidad en la determinación de lo propiamente jurídico, y en qué medida se encuentran conectados ambos fenómenos. Volviendo a la interrogante inicial: ¿Qué tipo de hechos determinan al derecho? ¿Sociales? ¿Morales? ¿Ambos? Ofrecer una respuesta a este asunto implica demarcar los límites de lo jurídico. El problema demarcatorio asume un rol capital.

2.5. John Finnis y las exigencias de la razonabilidad práctica que irrogan al derecho

La obra cumbre del autor tomista de origen australiano se titula “Ley natural y derechos naturales”, publicado en 1980. A modo de curiosidad, el título fue escogido por el propio H.L.A. Hart, quien encargó a Finnis la ejecución de esta obra durante 1966 en Oxford, esto es, sólo cinco años después de publicado “El

Concepto de Derecho”. A la fecha, eran escasas las publicaciones –al menos en el mundo angloamericano- cuyo objetivo fuera el proponer una teoría general del derecho, a modo de introducción a la filosofía jurídica. De esta manera, era patente la preocupación en el mundo académico, y sobre todo en Hart, en lo que concierne al insuficiente desarrollo en la materia. Ahora bien, tratándose de la doctrina del Derecho Natural, este problema se hallaba aún más acentuado.

Recordemos que dentro de la rama positivista, ya contábamos con al menos dos obras que perfilaban un proyecto así de ambicioso. Por supuesto, me refiero a la Teoría Pura de Kelsen y al mencionado trabajo del maestro oxoniense. Notable fue su sorpresa al enterarse que el último capítulo de esta obra se titulaba “Naturaleza, Razón, Dios”, principalmente debido a que irrumpía en abierta oposición al paradigma manifiestamente secular que imperó durante décadas en la teoría del derecho. Sin embargo, dentro de todas las corrientes, el libro logró una recepción mayoritariamente positiva, ya que se alejaba de las clásicas caricaturas que se le han atribuido al iusnaturalismo. Era riesgoso –en términos intelectuales- caer en la crítica fácil y ridiculizar gratuitamente las ideas expuestas. De esta forma, una de las grandes aportaciones de su obra fue enfatizar la necesidad de estudiar al derecho en contexto con otras disciplinas, en armonía con una interpretación más flexible de esta doctrina, aparentemente enterrada. Así, por ejemplo, y en relación a lo previamente expuesto, Finnis también muestra, en cierto sentido, una postura anti-arquimedea, indicando que un teórico no puede proporcionar un análisis y descripción teórica de los hechos sociales a menos que él también participe en la tarea de valorar, de comprender qué es realmente bueno para las personas humanas y qué exige realmente la razonabilidad práctica⁶⁷.

Argumenta Finnis que la selección de un punto de vista central o significado focal que realizan los autoproclamados teóricos descriptivos, implica necesariamente un ejercicio valorativo, ya que éste no podrá identificar el caso central, a menos que

⁶⁷ FINNIS, John. *Ley Natural y Derechos Naturales*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. (2000). 37p.

decida cuáles son las exigencias de la razonabilidad práctica en relación a todo un ámbito de intereses humanos. En el caso del derecho, esto se traduce en conocer y describir los asuntos que tornan relevante desde un punto de vista práctico tener derecho. Ahora bien, a diferencia de Dworkin, el autor no parece inclinado a presentar ningún tipo de manifiesto en contra de esta línea, adoptando una posición más ecléctica, ya que sostiene expresamente que es imprescindible efectuar previamente un juicio de significación e importancia, a modo de evitar una suerte de caos metodológico, con consecuencias sustantivas⁶⁸.

Entrando de lleno a los pilares que sostienen su teoría, Finnis propone y desarrolla el concepto de “bien humano básico”, al cual denomina también como “valor básico”, indistintamente. Tales bienes son: a) la vida, b) el conocimiento, c) el juego, d) la experiencia estética, e) la sociabilidad, f) la razonabilidad práctica, y g) la religión. Cualquier otra forma de bien será una combinación de alguno de los elementos de esta lista, envolviendo un carácter exhaustivo. Son bienes evidentes, de tal manera que no pueden ser demostrados, aunque tampoco necesiten demostración. Siguiendo a Tomás de Aquino, no son inferidos de ninguna parte. Son inderivados⁶⁹. Será un ejercicio inútil y un tanto ocioso demostrar la importancia del conocimiento, o de la sociabilidad. Lo que para algunos cumple la función de ser un argumento, para otros, funciona como un axioma. Advertir esta consideración meta-teórica será útil para evitar disputas bizantinas.

La referida enumeración, se formula como respuesta a la interrogante: ‘¿Cuáles son los aspectos básicos de mi bienestar?’. No son susceptibles de jerarquización, y poseen una bondad intrínseca en tanto valores. Siguiendo esta línea, el autor se alza como un acérrimo anti-utilitarista, doctrina a la que tilda de irracional, impracticable, y de ser un sin sentido. A mayor detalle, y en concordancia con esta doctrina, Orrego sostiene que el utilitarismo, y en general las éticas teleológicas se

⁶⁸ FINNIS, John. Op. Cit. 45-50p.

⁶⁹ FINNIS, John. Op. Cit. 67p. En lo particular, Finnis propone esta respuesta a la interrogante planteada por el autor británico Julius Stone: ¿Han mostrado los iusnaturalistas que ellos pueden derivar normas éticas a partir de hechos? No lo han hecho, no necesitan hacerlo.

alzan como una potente amenaza contra los derechos humanos como salvaguardia de la dignidad de la persona. Así, la defensa de la ética clásica de las virtudes y de la ley natural, con sus característicos “absolutos morales”, constituye el fundamento de los derechos humanos⁷⁰.

Cobra vital importancia el bien de la razonabilidad práctica, al cual le destina un capítulo completo, ya que se configura como una guía en nuestra búsqueda de bienes. Entre las exigencias de este tipo de bien, se encuentran la proscripción de la preferencia arbitraria entre las personas y cosas, o las referidas al bien común. El producto de todas estas exigencias, en su conjunto, es la moral. Es debido a esto que ha resultado siempre dificultoso formular alguna esencia de la moral, ya que en tanto orden de acción humana, resguarda variadas exigencias de la razonabilidad práctica, que apuntan en distintas direcciones. En cambio, Hart planteó, en términos bastante escuetos, algunos principios generales de la moralidad, contrastando la atención que le brindan ambos autores a esta esfera. Así, sostiene expresamente que la preocupación fundamental de toda teoría iusnaturalista sensata es una: comprender las relaciones entre las leyes particulares de sociedades particulares y los principios permanentemente relevantes de la razonabilidad práctica⁷¹. Lo decisivo será identificar tales principios y los límites del imperio del derecho.

A mayor abundamiento, el interés de esta tradición se puede explicar en el permanente esfuerzo por mostrar que el acto de “poner” el derecho, judicial o legislativamente, es un acto que debe ser guiado por reglas o principios morales, que son una cuestión de razonabilidad objetiva, no de capricho, y tales normas morales justifican a las instituciones jurídicas, y ulteriormente, al derecho en su totalidad. Ofrecen una base racional para la actividad jurídica, de legisladores, jueces y ciudadanos⁷² La moralidad será, entonces, una esfera previa y determinante del derecho positivo (puesto), las leyes presentan un carácter

⁷⁰ ORREGO, Cristóbal. “La amenaza del consecuencialismo ético a los derechos humanos absolutos”. Universidad Católica del Norte. Cuadernos de la Escuela de Derecho. (2001). 270p.

⁷¹ FINNIS, John. Op. Cit. 308p.

⁷² FINNIS, John. Op. Cit. 317p.

derivado, no los principios, como ya se ha indicado. A falta de las mencionadas condiciones, nada impediría que el sistema jurídico terminara amparando a una banda de delincuentes que ejercen la autoridad sobre el conjunto de la ciudadanía⁷³. ¿Es propicio calificar como jurídico un ordenamiento de tales características? Finnis no se preocupa por una interrogante de este tipo, de disputas meramente semánticas o verbalistas, si se quiere. Será más fructífero remitirse a la preocupación fundamental ya señalada, con un carácter menos ambiguo, y más directo.

Afirma que el caso central de Derecho es el sistema jurídico de una comunidad completa, el cual reúne las siguientes condiciones: a) pretenden tener autoridad para regular el comportamiento humano, b) pretenden, en consecuencia, ser la autoridad suprema para la respectiva comunidad, c) adoptan reglas y disposiciones normativas de otras asociaciones, otorgándoles eficacia jurídica y manteniendo, así, una noción de completitud y supremacía. Ahora bien, estos postulados y características distintivas del derecho se fundamentan en la exigencia de que las actividades de los individuos y gremios estén coordinadas, desde el punto de vista de la razonabilidad práctica⁷⁴. Cabe afirmar que es en torno a este concepto que gravita lo medular de su teoría, pues cada argumento esgrimido de alguna forma lo redirige a esta recurrida noción. Por otro lado, resulta llamativa la similitud que podemos enunciar entre esta doctrina y la propuesta por Joseph Raz, eximio exponente del positivismo excluyente, ya que ambas giran en torno al concepto de autoridad. Existiría una pretensión autoritativa del derecho, al cual concebimos en virtud de ella. Ambas nociones tienden a identificarse.

Reniega del exagerado empleo del análisis conceptual en la teoría del derecho, ya que su sentido es explicar ciertas instituciones humanas mostrando cómo constituyen respuestas a las exigencias de la razonabilidad práctica, su objetivo no reside en encontrar o proponer definiciones que se extiendan a todas las circunstancias en que la palabra que se está definiendo pueda ser empleada

⁷³ Lo fundamental será cuestionarse si acaso esto de hecho es así, por exagerada y fatalista que parezca la idea.

⁷⁴ FINNIS, John. Op. Cit. 178p.

“correctamente”. Las indagaciones lexicográficas tienen cabida, pero no es esto lo primordial⁷⁵. Una porción considerable de filósofos han perdido el foco al respecto, quienes se han inclinado a incurrir en una metodología infructífera en relación a lo que una genuina teoría jurídica reclama. Esboza una aguda crítica al razonamiento propio del “jurista”, ya que éste se esfuerza sistemáticamente por usar el lenguaje jurídico de modo en que no caben categorías intermedias, no existe graduación. El lugar del pensamiento jurídico reside en el esfuerzo de la razón práctica dirigido a comprender y realizar el verdadero bien humano. Será un error filosófico declarar que un orden social o un conjunto de conceptos debe ser derecho o bien no serlo, ser jurídico no serlo⁷⁶.

De aquí se desprende una crítica más general al insistente ejercicio –un tanto delirante- por demarcar con toda precisión lo que entra en el mundo jurídico, en un aparente afán por depurar a la ciencia jurídica de todo elemento ajeno. Con aún mayor énfasis, los principios de la razonabilidad práctica y sus exigencias forman una unidad de investigación que puede subdividirse en moral, política y jurídica sólo por una ventaja pedagógica que se arriesga a falsear la comprensión de las tres⁷⁷. No debemos confundir una clasificación cuya función es meramente expositiva, como si se trataran de clases naturales, o de fenómenos que no se encuentran claramente delimitados, y que, más aún, no tendrían por qué estarlo. En este punto muestra semejanzas con la obra de Dworkin, ya que el autor en comento apela y defiende, de alguna forma, una noción de integridad.

Al amparo de esta metodología, enumera ocho condiciones o características formales propias del imperio del Derecho, entre ellas, el proveer previsibilidad y claridad a las interacciones humanas, mediante un sistema de reglas e instituciones. Junto a esto, enuncia un conjunto de ocho *desiderata*, entre las que destacan el que sus reglas sean promulgadas y claras. Estas condiciones formales se hacen realidad en tanto se cumplan las ocho *desiderata*, cuyo sentido es asegurar a quienes están sujetos a la autoridad la libertad respecto a ciertas

⁷⁵ FINNIS, John. Op. Cit. 294p.

⁷⁶ FINNIS, John. Op. Cit. 306-307p.

⁷⁷ FINNIS, John. Op. Cit. 386p.

formas de manipulación. El imperio del derecho se sujeta, por tanto, a las exigencias de la justicia o equidad⁷⁸. De esta manera, la obligación moral de obedecer cada precepto legal posee fuerza variable, es relativamente de peso. El derecho suministra a los ciudadanos razones morales fuertemente excluyentes para actuar o abstenerse de ciertas acciones, mas no excluyentes en su totalidad⁷⁹. Obligatoriedad moral y jurídica no se identifican, y sugiere una primacía de aquélla sobre ésta.

En conformidad a lo anterior -la conexión entre obligatoriedad y validez- esgrime un argumento basado en la realidad empírica de la actividad judicial. Así, incluso en órdenes jurídicos bien desarrollados -que el mismo Hart consideraría irrefutablemente como un sistema jurídico- existe un buen número de oportunidades para plantear ante un tribunal de justicia la problemática de si acaso lo que sería una obligación jurídica indubitable no es realmente obligatorio porque es injusto⁸⁰. Lamentablemente, no presenta un ejemplo concreto sobre este punto, alguna acción particular consagrada en algún ordenamiento jurídico determinado⁸¹.

Es necesario destacar nuevamente que prácticamente todo el problema de la conexión entre derecho y moral, surge a propósito de los casos de leyes injustas. Al igual que su maestro, Finnis aborda el problema directamente en uno de los últimos capítulos de su obra. Es precisamente en el capítulo XII del libro, titulado “Leyes injustas”, en que expone su teorema, el cual puede ser denominado, pedagógicamente, como el “teorema de Finnis”. Volvamos a la pregunta original, tal como la formula el autor: ‘¿Qué hemos de decir, entonces, como respuesta a la pregunta de si acaso una ley injusta crea una obligación moral de la manera en que la ley justa lo hace por sí misma?’.

⁷⁸ FINNIS, John. Op. Cit. 294-301p.

⁷⁹ FINNIS, John. Op. Cit. 345p.

⁸⁰ FINNIS, John. Op. Cit. 384p.

⁸¹ En nuestro ordenamiento, lo más semejante, aunque discutible, es la acción constitucional de inaplicabilidad.

El teorema reza así: el gobernante no tiene, estrictamente, ningún derecho a ser obedecido, pero tiene la autoridad de dar orientaciones y de crear leyes que son moralmente obligatorias y que él tiene la responsabilidad de hacer cumplir. Él posee esta autoridad en beneficio del bien común. Por lo tanto, si él usa su autoridad para adoptar disposiciones contrarias al bien común, o contrarias a cualquiera de los principios básicos de la razonabilidad práctica, esas disposiciones carecen por completo de autoridad que de otro modo tendrían en virtud de ser suyas. No logran, por sí mismas, crear obligación moral en absoluto⁸².

La autoridad del soberano, quien la ejerce sobre la comunidad, es presuntivamente legítima en tanto éste cumpla los requerimientos eternos de la razonabilidad práctica, que en última instancia se dirigen a proteger el bien común. No será esto efectivo si adopta disposiciones sólo en su propio beneficio o de su facción, o motivado por la malicia en contra de algún individuo o grupo, con las consecuencias ulteriores. Estamos en presencia de un patente alejamiento de la doctrina clásica de la validez jurídica, recaída en requisitos meramente procedimentales. El pensamiento jurídico permite razonablemente que el sistema de reglas sea penetrado por principios de razonabilidad práctica que derivan su autoridad de su **conveniencia** (según justicia y en favor del bien común), y no únicamente de su origen en algún acto pasado de disposición o en algún uso establecido. Así, el sistema jurídico es más abierto al flujo ilimitado del razonamiento práctico, de lo que el modelo clásico positivista se atreve a reconocer⁸³.

Al hablar de la conveniencia de los principios y normas, apelando a su vez, al valor de la justicia y el bien común, se refiere, en el fondo, a sus propiedades morales intrínsecas. La tesis del origen, linaje o pedigrí, no tiene mayor cabida en el pensamiento de Finnis. Nuevamente, es posible visualizar alguna similitud con el

⁸² FINNIS, John. Op. Cit. 387p.

⁸³ FINNIS, John. Op. Cit. 383p. (Negritas son propias).

pensamiento de Dworkin, en que los asuntos de contenido cobran una importancia fundamental en el pensamiento jurídico, otrora tan formalizado y depurado de elementos externos, aunque necesarios para su mayor enriquecimiento. Lo que en Dworkin es la sujeción a los principios de moralidad política que la comunidad ha reconocido como propia en la etapa de judicación, en Finnis será el cumplimiento de los requerimientos básicos de la razonabilidad práctica en la fase legislativa y judicial. La perspectiva del norteamericano presenta un carácter más empírico, mientras que la del australiano, más metafísico, si se quiere. Éstos son, expresado muy brevemente, los pilares que sustentan sus tesis de vinculación entre derecho y moral. En Finnis, las exigencias de la razonabilidad práctica son sólo otra forma de referirse a las normas morales que regulan la vida en sociedad. No existe una diferencia ontológica significativa entre ambas nociones.

Capítulo III: La historicidad del fenómeno jurídico

Resumen: En este último capítulo se hará una exploración directa al Problema de la Demarcación. Se sostiene que la disputa sobre las propiedades esenciales y necesarias del derecho, un insumo necesario para solucionar este problema, soslaya una visión dialéctica e histórica del fenómeno jurídico. De esta forma, ofrecer esta respuesta central será infructuoso al amparo de esta concepción teórica. Esta problemática nació como una preocupación teórica y práctica, no obstante, al no dar resultados concluyentes en ninguna de ambas esferas, será pertinente cuestionar no sus fines, sino su metodología, y así, afirmar su superación en la teoría jurídica del siglo XXI.

3.1. Sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de la moral

Llegados a este punto, resultará natural ser presa de algún grado de confusión o perplejidad en torno a qué es, en realidad, lo que se está problematizando. Si la sola caracterización del debate Hart-Dworkin no ha sido demasiado clara, es de esperar que la comparación de las diversas propuestas teóricas que hemos revisado suscite cierto tipo de cuestionamientos. Será razonable preguntarse si acaso la relación entre legalidad y moralidad esbozada por Kelsen, opera al mismo nivel que en Dworkin, o Finnis, por ejemplo. No quedan dudas de que todos los autores han abordado, en general, el mismo asunto. Sin embargo, si hilamos más fino, en particular, se estarán refiriendo a asuntos cuya especificidad no permite una comparación fecunda entre sus teorías. Es natural que suceda esto. El problema de la demarcación, en sí mismo, es una cuestión demasiado amplia como para que no se bifurque en una serie de sub-temas a los cuales los filósofos del derecho no han prestado una atención homogénea.

Volviendo a la pregunta inicial, ¿Existe una conexión conceptual entre derecho y moral? ¿Cómo diferenciar ambos órdenes de conducta humana? Podemos formular un conjunto de preguntas, derivadas de este núcleo: ¿Existen hechos

morales objetivos? ¿El derecho nos provee, necesariamente, de razones para actuar? ¿El derecho, necesariamente realiza ciertas funciones morales? ¿Podemos identificar a la legalidad con independencia de todo criterio moral? ¿El caso central de derecho encarna una función moral? Y por último, clásicamente la más controvertida de estas preguntas: ¿Es la ley injusta, una verdadera ley?

Comencemos por lo más general. Previo a emprender de lleno el problema de la relación entre dos partes, es necesario clarificar, aunque sea en términos bastante generales, su naturaleza o esencia. Tanto Kelsen como Hart indicaron expresamente emprender este propósito en sus obras, responder la cuestión de qué es el derecho, en un análisis descriptivo y explicativo, nunca valorativo. Ya hemos examinado este punto. Corresponderá, entonces, realizar el mismo ejercicio, aunque de manera mucho más superficial, en torno al concepto de moralidad. ¿Es la moral un fenómeno objetivo o subjetivo? Si respondemos afirmativamente a la primera opción, nos encontraremos mejor posicionados para adherir a la tesis de la vinculación, en caso contrario, a la tesis de la separación. Es por esto que la gran mayoría de los positivistas, han sido, a su vez, anti-realistas sobre las normas morales, entre ellos, Kelsen y Hart. Es preciso, en todo caso, indicar que este tipo de derivación desde la meta-ética hacia la teoría jurídica es usual, mas no reviste un carácter necesario o lógico.

Desde una vereda, están quienes afirman la existencia de hechos morales objetivos, desde la otra, quienes sostienen que se trata apenas de interpretaciones de conceptos morales. El anti-realismo ético no afirma que la moralidad sea completamente irreal, menos aún, que ésta sea irrelevante, sino que carece de realidad objetiva, entendida como existencia eterna o tangible. No es eterna porque la moralidad es un fenómeno esencialmente dinámico, histórico y situado. La normatividad de la moral en este marco es entendida en términos psicológicos, en lo que un agente moral cree y siente frente a los enunciados morales, sobre todo, frente a aquellos que percibe como propios. No tendrá sentido la idea de que existan verdades morales, desde una perspectiva científica del mundo, en el sentido clásico de la palabra. Verdad y facticidad tienden a asimilarse. Habrá

alguna acción que nos parezca moralmente reprensible, pero esto no obsta a que esta situación pueda variar, dependiendo de las circunstancias espacio-temporales. Si bien la moral es cambiante, no es efímera: no varía de un día para otro. De aquí que sea más apropiado hablar de interpretaciones, lo cual no obsta a que afirmemos su importancia, aunque se encuentre situada históricamente, limitada por la contingencia espacio-temporal. Lo que hay son actitudes de desaprobación, compartidas por una comunidad.

Como todo producto cultural, no es estático, aunque nadie negaría su vital importancia, ya que se trata del espacio en que existimos, somos parte de ella. Los nihilismos éticos no tienen mayor cabida en esta cuestión. Ni siquiera dentro de los positivismo más exacerbados tal visión ética ha cobrado mayor influencia.

Así, la tradición iusfilosófica occidental, al abordar este problema, no se ha preocupado de desarrollar exhaustivamente las propiedades o contenido necesario de la moral, se ha dado por supuesto que hablamos del paradigma ético que ha regido a la civilización occidental, al menos, desde la Revolución Francesa. Se podría definir, concisamente, como una simbiosis entre la moral judeo-cristiana y el liberalismo clásico legado de esta revolución. Más aún, hay aspectos esenciales que son comunes a todas las sociedades del mundo. Hay quienes afirman que ésta se trasunta en hechos, otros, sólo en interpretaciones; pero acerca de su contenido e importancia no ha habido mayor controversia, al menos dentro de esta área. Así, por ejemplo, Hart apenas esbozó algunos rasgos sobre el contenido de la moral social. No necesitó profundizar en ella.

Tradicionalmente se ha identificado a quienes sostienen la tesis de la objetividad de los hechos morales, como pertenecientes a la doctrina del derecho natural. Tal clasificación es errónea, ya que peca de simplista. Es uno de tantos sentidos que se le pueden asociar a esta doctrina, pero dista de ser el aspecto más importante, ya que forma parte íntegramente de la filosofía moral.

En definitiva, desde una perspectiva científica del mundo, no hay una moral correcta u objetiva. De esto no se sigue que la ética sea algo superfluo, por el

contrario. Los distintos sistemas morales que han regido a la humanidad, son, por esencia, órdenes imaginados. Creemos en un orden particular no porque sea objetivamente cierto, sino porque creer en él nos permite cooperar de manera efectiva y forjar una sociedad mejor. No son conspiraciones malvadas o espejismos inútiles. Más bien, son la única manera en que un gran número de humanos pueden cooperar de forma efectiva⁸⁴. Hay ciertos aspectos de la realidad que no admiten aprobar el test de verificación, más aún, no necesitan hacerlo. Por lo demás, incluso el universo científico se encuentra colmado de hipótesis ad-hoc, formulaciones que en estricto rigor no han sido demostradas, y sin embargo, nos permiten hablar del mundo con sentido. Así también, probablemente la mayoría de las cosas que conocemos, son gracias a la denotación, no a la presentación o experimentación⁸⁵.

3.2. Sobre la esencia o naturaleza del derecho

Como ha quedado patente, la preocupación en torno a enumerar un conjunto de propiedades o características que definan a la moral ser lo que es, y no otra cosa, ha sido escasa. Por un lado, sencillamente por no ser el foco de la teoría jurídica, por el otro, probablemente por ser un asunto menos controvertido, en comparación a la empresa de trazar un conjunto de propiedades esenciales del derecho. Elaborar esta especificación ha atravesado gran parte de la teoría, sobre todo dentro de las diversas ramas del positivismo. Seguramente, Joseph Raz ha sido quien se ha tomado más en serio este asunto.

Acerca del concepto de derecho, ¿Qué se pretende formular? ¿El concepto de derecho, o un concepto de derecho? El primer enunciado atiende a lo universal y necesario, en tanto que el segundo, a lo particular y contingente. La interpretación estándar es que Hart se rigió por la segunda opción, de lo cual se colige que evidentemente adquiriría distintos significados, en un extremo, la simple

⁸⁴ HARARI, Yuval Noah. *De animales a dioses: breve historia de la humanidad*. Penguin Random House. (2017). 129p.

⁸⁵ Bertrand Russell explicitó este punto en profundidad en su texto “Sobre el denotar”, publicado en 1905.

recopilación de definiciones de derecho. Debido a esto, la tarea del concepto sería inútil, pues no se ha dicho nada acerca del derecho que sea universal ni necesario. Raz retoma el lineamiento kantiano de concebir al derecho como condición de posibilidad. La impronta detrás de esta línea, es que habremos de determinar la naturaleza de lo jurídico, entendida como un conjunto de propiedades o elementos esenciales que hacen al derecho ser lo que es, y no otra cosa.

Raz procede a preguntarse: ¿Qué hay sin punto de vista interno ni reglas secundarias? Esto implica no asumir el modelo hartiano, y las posibles respuestas que se alzan son que estaríamos en presencia de un derecho imperfecto, o de ningún derecho en absoluto. De esta manera, siguiendo a Hart, podríamos perfectamente afirmar que no ha habido derecho por lo menos desde la Baja Edad Media.

Una teoría del derecho es una explicación de la naturaleza del derecho. Será ésta exitosa si satisface dos criterios: en primer lugar, si consiste en proposiciones acerca del derecho que son necesariamente verdaderas y, en segundo lugar, si estas proposiciones explican lo que es el derecho⁸⁶.

Así, Raz distingue tres enfoques: el lingüístico; el del jurista, propio de Dworkin; y el institucional, al que él adscribiría. Sin entrar en mayor detalle, cabe destacar que a los dos primeros los desecha por defectuosos, en tanto que su enfoque institucional es aquél que pretende determinar qué es el derecho a partir de las instituciones que lo crean. De esta forma, el órgano primario son los tribunales de justicia, que realizan actividades propias de los individuos, sin embargo, lo relevante es la forma en que las realizan, que es exclusiva de aquellos. Detrás de esto, existe una pretensión autoritativa del derecho, al cual concebimos en virtud de esta autoridad, cuya fuente son las instituciones.

⁸⁶ RAZ, Joseph. "¿Puede haber una teoría del derecho?", en: *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Marcial Pons. (2007). 48p.

En esta fase, ya no es evidente que la teoría del derecho deba preocuparse por el concepto, sino por la naturaleza del derecho. Esta naturaleza se corresponde con la noción de autoridad, el derecho es lo que es a partir de este concepto. Según Raz, no ha habido genuina teoría del derecho debido a que se ha adscrito a Hart y al análisis conceptual. Debe iniciarse un proceso de reorganización, entre una tarea primaria (explicar la naturaleza del derecho) y una secundaria (conceptualizarlo), dentro de este marco, lo segundo sería análisis conceptual, método al cual el autor relega a una posición secundaria. Hay una diferencia fundamental, entre el concepto y la naturaleza de algo: no es lo mismo preguntarse “¿Qué es una cuestión?” a preguntarse “¿Cómo se define dicha cuestión?”.

Indica que las propiedades esenciales del derecho que la teoría jurídica está tratando de explicar no son invocadas para explicar el significado de ningún término o clase de términos. Estamos investigando la tipología de instituciones sociales, no la semántica de términos. Construimos una tipología de instituciones por referencia a propiedades que consideramos, o llegamos a considerar, esenciales para el tipo de institución en cuestión. La distinción entre investigar el significado de los términos e investigar la naturaleza de las instituciones es frecuentemente olvidada por los teóricos del derecho⁸⁷. El concepto es una agencia humana, el objeto mismo existe, ya está dado. Si el concepto es errado, no altera en manera alguna al objeto.

De esta forma, el análisis conceptual no es más que un conjunto de intentos culturales o “parroquianos” para aproximarse al fenómeno jurídico, pues “nuestro” concepto de derecho no es atingente a la teoría jurídica, dado que reviste la categoría de teoría sólo en tanto apunte a la universalidad. Es debido a esto que una comunidad podría no establecer un concepto de derecho, pero sí hallarse regidos por éste. La objetividad y universalidad de la teoría del derecho no es afectada por el hecho de que el concepto de derecho (que es nuestro concepto de derecho) es local y no compartido por todas las personas ni por las culturas que

⁸⁷ RAZ, Joseph. Op. Cit. 63p.

viven o vivieron bajo el derecho⁸⁸. Así, cabría afirmar que, siguiendo la concepción raziana, el fenómeno jurídico siempre ha existido, y por eso es teoría. Podemos concebir la existencia de la autoridad, aun cuando no hay quien la ejerza. La autoridad como noción empieza a adquirir una condición casi mística, una relación sin partes, de tipo hegeliano.

Claramente, el autor rechaza el empleo de todo análisis conceptual, ya que la utilización de este enfoque sería contradictoria con la pretensión seria de realizar teoría del derecho, por apuntar a lo particular y contingente, como ya se ha explicado. En cuanto a nuestro problema central, en Raz cobra nuevos ribetes, ya que la definición de los límites de lo jurídico no se restringe sólo a delimitar qué es el derecho, sino también, y tal vez con mayor atención, en determinar qué es teoría del derecho, apartándolo de otro tipo de proyectos que se autoproclaman bajo esta denominación. Respecto al primer punto, en Raz el derecho tiende a identificarse con la noción de autoridad, pues lo clave es determinar las consideraciones autoritativas, que definen concluyentemente un conflicto. No es jurídico lo moral ni lo evaluativo. En cuanto a lo segundo, como ya quedó pormenorizado, teoría del derecho es la que busca explicar la naturaleza del derecho, jamás su concepto.

A mayor abundamiento, y encarando directamente el problema de la demarcación, Raz distingue dos estadios en la actitud de una persona ante la perspectiva de una cierta acción: el deliberativo y el ejecutivo. Estas fases son aplicables a la actividad jurídica. El primero se caracteriza por la cuestión sobre qué es lo que debe hacerse, dominado frecuentemente por razones de carácter moral. Una vez que la cuestión ha sido decidida, se pronunciará una instrucción válida, que representa la conclusión del estadio deliberativo, perteneciendo al estadio ejecutivo, identificable sin recurrir a argumentos morales. Los tribunales aplican tanto consideraciones jurídicas (positivas válidas) como no jurídicas. Fundamentan sus decisiones tanto en razones ejecutivas como deliberativas, sin embargo -y esto es lo esencial- el derecho pertenece solamente al primer tipo. Al explicar la

⁸⁸ RAZ, Joseph. Op. Cit. 85p.

naturaleza del derecho, el análisis produce un solo elemento: el derecho consiste en consideraciones positivas válidas aplicadas por los tribunales. Puesto que el derecho pertenece al estadio ejecutivo, entonces éste puede ser identificado sin recurrir a argumentos morales, los cuales pertenecen, por definición, al estadio deliberativo⁸⁹. Si seguimos el criterio del positivismo incluyente, que además de las fuentes sociales incorpora valores, no podríamos dar cuenta de lo que el derecho realmente es, ya que importan criterios extrajurídicos y no revestiría un carácter netamente jurídico, lo cual será inaceptable. Así también, la práctica que determina el contenido de la regla de reconocimiento no puede incluir ninguna referencia a criterios morales de validez jurídica puesto que esto no sería consistente con la pretensión de autoridad del derecho.

Nuevamente: ¿Cuál es la naturaleza del derecho? Esta pregunta apunta a una respuesta con un carácter a priori, analítico y formal; una respuesta necesaria. En definitiva, qué es lo necesario, específico y esencial del derecho. Lo relevante es que es una pregunta acerca de propiedades o elementos. Otro de los autores que ha propuesto una de las respuestas más importantes al respecto es Robert Alexy, quien sostiene que tendría una naturaleza dual: una dimensión real o fáctica, ligada a la coerción; y una dimensión ideal o normativa, ligada a la corrección. En términos simples, el derecho sería una unión entre coerción y corrección. Apela a las condiciones de posibilidad para que exista lo jurídico, una metodología neokantiana.

Así, el pilar de la coerción se remite a una consideración conceptual y práctica, ya que la única forma en que el derecho cumpla sus objetivos es mediante la aplicación de sanciones. Si ésta primera noción responde a una identidad teleológica, la corrección responde a una de tipo deontológico. Así, si formulamos al derecho como injusto, habrá una contradicción performativa.

⁸⁹ RAZ, Joseph. "El problema de la naturaleza del derecho". En *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. N° 3. (1995). 146-151p.

3.3. ¿Es apropiado analizar al derecho en función de atributos esenciales?

Cuando hablamos sobre la esencia de algo, solemos referirnos a aquello que constituye su naturaleza, lo permanente e invariable de ellas, en definitiva, aquello que le da su identidad, que lo distingue de otras cosas, trazando sus límites ontológicos y conceptuales. Evidentemente, emprender esta tarea resulta particularmente engorroso, tratándose de cualquier concepto, desde el más simple, y con mayor razón, el más complejo, es decir, aquellos que presentan un amplio rango de textura abierta, siguiendo la terminología de Hart. Ahora bien, es posible visualizar la siguiente paradoja: identificar los rasgos esenciales de aquellos conceptos más complejos es una empresa que vale la pena hacer, debido a su importancia teórica y práctica, no obstante, es en este terreno donde esta actividad se dificulta aún más.

La clasificación conceptual presentada por Dworkin será una herramienta útil para explicar este asunto. Los conceptos más “simples” son aquellos que actúan como conceptos de clase natural, tales como las entidades animales, vegetales y minerales. La tarea se simplifica ya que se remitirá a explorar una descripción física o biológica de esa naturaleza esencial. En el otro extremo, se encuentran los conceptos criteriológicos e interpretativos.

Ahora bien, como se señaló previamente, Dworkin esboza cuatro conceptos de derecho: el doctrinal, el sociológico, el taxonómico y el aspiracional. Critica la metodología de Raz ya que confunde los conceptos sociológico y doctrinal. Fracasa para el primero debido a que ese concepto no es suficientemente preciso como para extraer “rasgos esenciales” que sean interesantes en términos filosóficos. Tiene demasiada libertad de movimientos para ese fin: sus límites son demasiado maleables para respaldar una investigación filosófica de rasgos esenciales. A su vez, es inapropiada su metodología para el concepto doctrinal, porque es un concepto interpretativo. A mayor abundamiento, Raz asume aparentemente que los conceptos sociológico y doctrinal de derecho actúan en nuestro razonamiento de forma parecida a los conceptos de clase natural. Esta asunción explicaría por qué piensa que no es importante en su análisis distinguir

entre estos dos conceptos y por qué en su discusión general de las teorías de los conceptos toma conceptos de clase natural como ejemplos. Ésta es la marca del aguijón semántico más amplio⁹⁰. Estamos en presencia de una tensión entre el ámbito universal y el particular. Si efectivamente el derecho, como concepto, pertenece al reino de lo universal, entonces lo podremos analizar de la misma forma en que analizamos conceptos como tigre, agua y oro (todos de clase natural). No parece ser éste el caso. Para Dworkin, en cambio, una genuina teoría del derecho debe sistematizar los derechos y deberes de los ciudadanos y funcionarios. Nada de esto entra en disputa en relación al problema de la naturaleza del derecho. No tiene ADN.

Brian Leiter, por su parte, impugna la metodología del autor positivista, aunque con diferentes argumentos. No distingue entre los distintos conceptos de derecho, aunque tampoco necesite hacerlo. Afirma que el concepto de derecho es el concepto de un artefacto, entendido como algo que debe su existencia, necesariamente, a actividades humanas cuya intención es precisamente la de crear este artefacto. Así, para ilustrar este punto, los seres humanos no son artefactos, ya que no deben necesariamente su existencia a una acción humana que pretenda crearlos. Así, los conceptos artefactos, incluso los más simples como el de silla, presentan una alta resistencia a ser analizados en términos de sus atributos esenciales, ya que, por un lado, son rehenes de los fines y propósitos cambiantes de la humanidad, y por el otro, no pueden ser individuados mediante propiedades naturales, a diferencia de fenómenos naturales como el agua, que únicamente es H₂O. En la medida en que los fines y propósitos humanos cambian, el concepto de silla no tendrá atributos esenciales⁹¹. El concepto artefacto de silla, siendo una entidad mucho más sencilla que todo lo que engloba el fenómeno jurídico -un concepto de suyo complejo- se resiste a ser analizado en función de sus atributos esenciales, como un conjunto cerrado. Un ejercicio de esta índole peca de simplista. En la terminología de Dworkin, un

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *La justicia con toga*. Marcial Pons. (2007). 248-249p.

⁹¹ LEITER, Brian. "El problema de la demarcación en la teoría del derecho: una razón más a favor del escepticismo", en: *Neutralidad y teoría del derecho*. Marcial Pons. (2012).226-227p.

concepto de clase natural nunca será, a su vez, un concepto del tipo artefacto. Ninguno de los diferentes conceptos de derecho es un concepto de clase natural, por lo que el procedimiento de Raz está condenado al fracaso.

Por otro lado, Raz emplea un uso un tanto impreciso del vocablo naturaleza. Si partimos de la base que ésta significa aquello permanente e invariable que le confiere su identidad a algo, el mismo autor señala que la naturaleza del derecho cambia con el tiempo, tanto con cambios en prácticas políticas y en la cultura, en la filosofía y en los modos de entendernos y de entender nuestras sociedades⁹². Sin embargo, haremos la siguiente concesión: podemos entenderla como una naturaleza situada históricamente, aquello que le da su identidad, aunque sea susceptible de variación en grandes extensiones de tiempo. El autor añade que es parte de nuestra comprensión del derecho que ciertas instituciones sociales son instancias de derecho mientras que otras no son jurídicas. La distinción entre lo jurídico y lo no jurídico es parte de la esencia misma de aquellas de nuestras prácticas que determinan el concepto de derecho⁹³. Esto es efectivo, pero será más adecuado hablar de ciertas intuiciones básicas que tenemos acerca de determinadas instituciones sociales. Sabemos que las regulaciones de un club de golf no son un sistema jurídico, y que Estados independientes tienen sistemas jurídicos. El mismo Raz admite que la distinción no es marcada, aunque estable. ¿Podemos trazar un límite más preciso? ¿Si esto es así, por qué los teóricos del derecho se han empeñado tanto tiempo, sin llegar a resultados concluyentes?

Hablar de una esencia descubrible, o de un conjunto de propiedades que le confieren al derecho su identidad y distinción sobre otros sistemas de ordenación social, o incluso conceptualizarlo de la forma, extremadamente sucinta, en que lo ha hecho el autor, resulta forzado. Sigue concibiendo al derecho como un objeto, como algo que está dado en la naturaleza, esperando a ser descubierto, operando, en fin, como un concepto de clase natural. Parte de un supuesto impropio en un sentido metodológico. Debido a esto es que la insistente

⁹² RAZ, Joseph. "¿Puede haber una naturaleza del derecho?". Op. Cit. 59-60.

⁹³ RAZ, Joseph. Op. Cit. 60-61.

comparación con la naturaleza del agua, cual será sencillamente ser H₂O es inservible, pues corresponden a categorías distintas. Siguiendo a Raz, habría algo por descubrir, algo dado, cuya existencia ha estado siempre presente. Una postura que algo nos recuerda a la tesis de ir a las cosas mismas, o de la necesaria existencia de la cosa-en-sí, algo que con independencia de su descubrimiento, debemos postular su existencia, aunque no seamos aún capaces de afirmarla directamente, en clave kantiana. Plantear su concepto no es afirmar su existencia, y claramente a Raz le interesa lo segundo.

Es útil referirnos a la naturaleza de lo jurídico, pero no emplear ese término en el mismo sentido en que hablamos de la naturaleza del agua, o del oro. Es apropiado en tanto -como bien señala Leiter- concibamos al fenómeno jurídico como un artefacto, un producto social. La forma en que nos aproximamos al derecho es de índole esencialmente dialéctica. Esto significa que no opera rigurosamente la clásica distinción epistemológica entre sujeto y objeto, que bien resulta apropiada tratándose de conceptos de clase natural. La manera en que lo concebimos depende, a su vez, de nuestras propias creencias, deseos y cosmovisión. Por esto la dicotomía entre ser y deber-ser ha sido, históricamente, tan problemática en la teoría del derecho. Si para Raz el concepto es una agencia humana, y el objeto está dado en el mundo, en este terreno debemos concebirlos a ambos como una agencia humana. Éste es el enfoque adecuado.

Fernando Atria lo explica indicando que el derecho que es depende, hasta cierto punto, de lo que nosotros creamos que el derecho es. Pero a diferencia de la creencia de un biólogo sobre la *drosophyllia* (por ejemplo), nuestras creencias sobre cómo es el derecho no son (sólo) creencias sobre cómo es el derecho con independencia de nuestras creencias, porque como los hechos institucionales en general el derecho existe porque (colectivamente) creemos que existe. Por lo tanto, nuestras creencias sobre cómo es el derecho son en parte creencias sobre cómo sería bueno que el derecho fuera⁹⁴. Así, en este terreno, si sujeto y objeto tienden a confundirse, lo mismo ocurre entre creencia y conocimiento. Estas

⁹⁴ ATRIA, Fernando. Op. Cit. 135p.

distinciones son mucho más marcadas en el caso de las ciencias duras. En esto yerra fundamentalmente el positivismo, al menos, en su versión epistemológica. La aplicación estricta del método científico. Por último, si necesitáramos establecer algún rasgo distintivo –entre otros- del fenómeno jurídico, sería el que su existencia está a su vez, determinada por nuestras creencias, como bien lo expresa Atria.

Respecto a la teoría de Alexy, se pueden desprender dos tipos de relaciones: clasificadoras (recaen sobre el ítem de coerción) y calificadoras (recaen sobre el ítem de corrección). Sobre el problema de la naturaleza del derecho, lo lógico será pensar que es un problema de clasificación, sin embargo, indica el autor que la corrección es calificadora, lo cual es inconsistente, pues no será algo esencial al derecho. Si carece del elemento esencial, y aún mantiene su identidad, no tiene sentido. Cuando se piensa en coerción, no es sólo un problema empírico. El derecho internacional no es coercitivo, ¿Qué es entonces?

Siguiendo con el argumento, Leiter agrega que resulta particularmente chocante, en la alborada del siglo XXI, que los teóricos del derecho establezcan unas condiciones para un análisis exitoso del PD –de cara a identificar las propiedades **necesarias y esenciales** del derecho que distinguen a éste de la moral en todos los casos- que sorprenderían a la mayoría de los filósofos en otros ámbitos, incluso a los de hace treinta años, por ser una empresa totalmente increíble⁹⁵. Hart es un caso paradigmático, quien aduce que las condiciones necesarias y suficientes de un sistema jurídico exigen que los ciudadanos obedezcan generalmente las reglas primarias básicas y que los funcionarios y órganos de aplicación del derecho del sistema acepten las reglas secundarias del sistema desde “un punto de vista interno”, esto es, que las entiendan como obligaciones que se les impone.

El autor es enfático en comparar, de manera un tanto insistente, el problema de la demarcación en la filosofía de las ciencias con el mismo asunto en filosofía

⁹⁵ LEITER, Brian. Ibid.

jurídica. En aquella área la empresa de encontrar una solución al problema fracasó debido a que no fue posible encontrar una garantía epistémica lo suficientemente sólida que trazara, con una exactitud a lo menos aceptable, o en todos y cada uno de los casos, qué tipo de investigaciones revisten el carácter de científicas, y cuáles no. ¿Debemos interpretar esto como una enseñanza histórica, aplicable al terreno de la filosofía del derecho? En realidad, no nos encontramos obligados a seguir este razonamiento. Después de todo, desde una evaluación actual, del que algo haya fracasado, no se sigue lógicamente que fracasará siempre. Además, la filosofía de las ciencias a la que apela el autor es una disciplina bastante más reciente, surgida hace menos de un siglo, en el periodo de post-guerra. Sin embargo, ¿Cuáles son las probabilidades? Empíricamente, éstas se van reduciendo a medida que el fracaso se extiende. El diagnóstico de Leiter es claro: habiendo considerado la evidencia histórico-empírica, no hay razón alguna para seguir invirtiendo tiempo y esfuerzo, y abrigando esperanzas en que el problema demarcatorio sea un instrumento útil a la hora de desarrollar una teoría del derecho fructífera.

Por otro lado, es dable afirmar, enfáticamente, que todos, la comunidad en su conjunto, tanto creyentes como no-creyentes, están de acuerdo en que la química y la medicina son ciencias, con todo el *plus* epistémico y práctico que esta categorización implica, no así la alquimia o la astrología. De esta forma, ¿Seremos tan enfáticos en sostener este fracaso? Nuevamente, más bien de lo que se trata en este caso, al igual que en la teoría jurídica, es de ciertas intuiciones básicas sobre el mundo que nos rodea. Tales afirmaciones resultan verdaderas, y con sentido, sin embargo, la idea de plantear un conjunto de propiedades esenciales y necesarias que distinguen a la ciencia de la no-ciencia ha sido, y probablemente seguirá siendo, una empresa infecunda.

En definitiva, si en la historia de la filosofía no ha habido ni siquiera un solo análisis exitoso de las propiedades necesarias o esenciales de un artefacto humano, ¿por qué deberíamos pensar que el derecho será diferente? ¿De verdad deberíamos albergar esperanzas en que un análisis del derecho nos proporcione

los criterios **esenciales y necesarios**, esto es, los criterios que situarán a cada una de las normas o bien en el campo **jurídico** o bien en el campo **no-jurídico**?⁹⁶ Hallar una herramienta teórica que sea capaz de lograr este objetivo no es posible en la práctica, pues ningún modelo teórico sería perfecto para dar cuenta de los elementos esenciales del derecho, como todo concepto artefacto, carece de propiedades esenciales y necesarias, entendidas como eternas y dadas en el mundo. Por supuesto, no se sostiene que el concepto de derecho se encuentre vaciado de contenido, que carezca de sustancia, sino que sus atributos esenciales a su vez dependen de los propósitos, intenciones y creencias humanas. Es una construcción humana, un producto histórico.

3.4. La importancia detrás del Problema de la Demarcación

Continuando con la analogía, la importancia detrás de ofrecer una solución a este problema en clave científica estriba, fundamentalmente, en las consecuencias prácticas que esto acarrea. Un criterio de demarcación jugará el rol de la razón para llevar a cabo un buen número de acciones prácticas que bien pueden tener consecuencias morales, sociales y económicas. El conocimiento es importante, porque a su vez influye en lo que pensamos, hemos de hacer. Así, en el campo de la medicina o la ingeniería, un mal criterio de demarcación entre investigaciones científicas y no-científicas, podrá acarrear el costo de vidas humanas. Ésta es la asunción básica, parece totalmente irrefutable. Sin embargo, Leiter señala que lo que nos enseña el fracaso de la filosofía de la ciencia a la hora de resolver el PD es que no podemos tomar un atajo para responder a las preguntas consistente simplemente en dividir formas de investigación en científicas y no-científicas sobre la base de algunas propiedades necesarias y esenciales que distinguen las dos formas de investigación⁹⁷.

⁹⁶LEITER, Brian. Op. Cit. 231p.

⁹⁷ LEITER, Brian. Op. Cit. 230p.

La inferencia natural que podemos desprender de aquí, es que un buen criterio de demarcación, en el área que sea, no tiene por qué cubrir un nivel de exhaustividad y rigurosidad como el exigido por la empresa de presentar aquellas propiedades necesarias y esenciales propias de una esfera en particular, se trate de la ciencia, o se trate del derecho. Aunque no podamos emprender esta tarea, no tiene gran repercusión práctica, ya que criterios menos exigentes nos proveen de una utilidad suficiente para la correcta ejecución de nuestros objetivos y para la razón práctica.

Ahora, a lo nuestro: ¿Por qué importa resolver este problema, el de demarcar las normas jurídicas de las morales? Su importancia presenta una dimensión teórica y otra práctica. La primera fase estriba en, básicamente, descubrir qué hay de verdadero en el concepto de derecho, cuál es su naturaleza. A partir de este ejercicio, cómo hablar del derecho con sentido. Ya hemos abordado este asunto pormenorizadamente, junto con sus dificultades, y contrastando las distintas posturas al respecto. En su dimensión práctica, el debate cobra aún más fuerza. Siguiendo a Leiter, hay dos preocupaciones prácticas que explican la importancia, para estos autores y sus acólitos, de demarcar las normas jurídicas de las normas morales:

- a) En primer lugar, el hecho de que una norma sea jurídicamente válida no significa que sea moralmente obligatoria (o ni siquiera moralmente atractiva).
- b) En segundo lugar, el hecho de que una decisión de un órgano de aplicación del derecho o de un funcionario sea moralmente atractiva no significa que sea jurídicamente obligatoria.

En otras palabras, los positivistas jurídicos han puesto mucho énfasis en que lo jurídico no implica la moral, y de manera inversa, que la moral no implica lo jurídico. De esta forma, confundir el derecho y la moral tiene consecuencias prácticas serias: significa que si la validez jurídica de una norma es equivalente a su validez moral, entonces toda norma jurídica debe ser obedecida. Y de manera

inversa, significa que si una norma es moralmente válida, entonces un actor jurídico debe aplicarla⁹⁸.

Uno de los pocos autores que ha enfatizado expresamente esta tesis es Scott J. Shapiro. Preguntarse “¿Qué es el derecho?” tendría implicancias prácticas severas, por lo cual no sería una cuestión puramente escolástica, o de mera semántica. Numerosas cuestiones importantes girarían en torno a esta pregunta. El autor lo expresa del siguiente modo: la respuesta respecto de cuál es el derecho en un caso concreto depende crucialmente de la respuesta a qué es el derecho en general. Debe saberse qué hechos determinan **en última instancia** la existencia y el contenido de los sistemas jurídicos⁹⁹.

Shapiro plantea el ejemplo, recaído en el debate sobre la constitucionalidad de la pena de muerte en Estados Unidos. La Octava Enmienda de su Constitución establece que no se infligirán castigos crueles e inusuales. ¿Es esto aplicable a la pena capital? ¿Cómo resolver este problema? Si el positivista tiene razón y la existencia y el contenido de los sistemas jurídicos están en última instancia determinados sólo por hechos sociales, entonces, la única manera de demostrar en forma concluyente que una persona tiene autoridad jurídica o que uno está interpretando los textos correctamente es mediante una investigación sociológica, esto es, sólo observando lo que las personas piensan, dicen o hacen. Por el contrario, si el teórico del derecho natural tiene razón y la existencia y el contenido de los sistemas jurídicos están determinados en última instancia también por hechos morales, entonces, es imposible demostrar en forma concluyente cuál es el derecho en un caso particular sin involucrarse en un análisis moral¹⁰⁰.

De esta manera, seguir una u otra vía, que involucran directamente una visión sobre la naturaleza del derecho, nos proveerá de respuestas diferentes en torno a un problema práctico elemental: ¿Es la pena de muerte una sanción inconstitucional? Siendo así, el Estado no podría aplicarla. Empezar un análisis

⁹⁸ LEITER, Brian. Op. Cit. 232p.

⁹⁹ SHAPIRO J, Scott. “¿Qué es el derecho (y por qué debería importarnos)”? en: *Neutralidad y teoría del derecho*. Marcial Pons. (2012). 302p.

¹⁰⁰ SHAPIRO J, Scott. Op. Cit. 306-307p.

de tipo moral a esta cuestión, seguramente dará como resultado la inconstitucionalidad de la pena capital, lo cual no será tan categórico al abordar el razonamiento que Shapiro le atribuye al positivismo.

Leiter impugna esta conclusión, adscribiendo al entendimiento de que lo moralmente obligatorio o atractivo debe interpretarse en términos puramente psicológicos. El núcleo de su argumento es el siguiente: es posible que determinadas normas sean atractivas desde un punto de vista moral, pero esto no decide, en absoluto, la cuestión de si un juez debería aplicarlas. Sea cual sea el caso, los jueces se encuentran sujetos a la validez jurídica a la hora de decidir, no a su corrección moral. La solución al PD pretendía responder a la cuestión práctica sobre **qué debe hacerse**, cuestión que es reducible a un asunto psico-social acerca de las actitudes que la gente tiene en materia moral y jurídica. De esta manera, podemos preguntarnos si hay alguna razón para pensar que una solución **teórica** al PD afectará las actitudes **reales** de la gente¹⁰¹. Aquí radica lo medular del argumento.

Volviendo al ejemplo planteado por Shapiro, la cuestión consiste en si aplicar el significado público original en el momento de resolver las controversias concretas podría estar moralmente justificado. Esto presupone una distinción entre derecho y moral, ya que las obligaciones jurídicas bien pueden ser derrotables, por consideraciones de equidad o morales. Constituye un error asumir que una distinción tiene que estar formulada en términos de propiedades esenciales que delimitarán **todos** los casos para todos los propósitos, aunque haya teóricos del derecho que aduzcan haber identificado este criterio, que separa al mundo jurídico del no-jurídico, entre ellos, los positivistas Raz, y en menor medida, Hart. ¿Prohíbe la Octava Enmienda la imposición de la pena de muerte? Será más productivo preguntarse: ¿Por qué deberíamos pensar que está justificado que el Estado pueda terminar con la vida de un ser humano sólo porque esto resulta constitucional? E incluso, de manera más directa: ¿Cuál es el estatuto moral de la

¹⁰¹ LEITER, Brian. Op. Cit. 235p.

pena de muerte? Afrontar los problemas prácticos de forma directa y guiados por la moral, ya que ésta rige tanto a jueces como al resto de la ciudadanía¹⁰².

El ejercicio de afirmar la validez jurídica de una norma perderá peso frente a los resultados morales de su aplicación. Ambos puntos son perfectamente compatibles, sobre todo si el criterio último de validez se encuentra en una Constitución ilegítima, o dotada de normas inicuas. Incluso, este resultado puede ser producto de alguna norma con un contenido moralmente óptimo, como es el caso de la Octava Enmienda. Debido a esto, resultará más productivo cuestionarse directamente la moralidad de alguna institución o acción, sin necesidad de redirigirla a la pregunta por su estatus jurídico.

El último punto parecería estar favoreciendo los principios de la doctrina del derecho natural. Más bien, se trata de un llamado a orientarnos por nuestra propia humanidad. Podría argüirse que para regirnos por la moral, también será necesario resolver el problema demarcatorio, en orden a establecer qué tipo de proposiciones o conductas se encuentran guiadas por la moralidad. Delimitar concretamente este campo, para no caer en comportamientos anti-éticos. Nuevamente, esta exigencia, tal como se encuentra planteada rigurosamente por el problema de la demarcación, no es necesaria. Al igual que ocurre con las instituciones jurídicas, nuestro método para aproximarnos a la esfera de la moral, se encuentra dirigido por intuiciones básicas y comunes, en un nivel suficientemente efectivo. A modo de sugerir un ejemplo extremo, todos sabemos que torturar bebés por mera diversión es una conducta inmoral, y una hipotética solución a esta cuestión no nos dirá nada más ni nada menos al respecto. La moralidad colma toda la realidad social, tanto a ciudadanos como magistrados, será un error demarcar un límite preciso entre ambos mundos.

Si nos encontramos frente a normas objetables desde un punto de vista moral, la pregunta que surge es: ¿Qué hacer? Debemos concebir al derecho como un fenómeno esencialmente práctico, afrontar las cuestiones prácticas de manera

¹⁰² LEITER, Brian. Op. Cit. 238-240p.

directa, y concibiéndolo como una construcción histórica. La validez jurídica y la corrección moral parecen ser los elementos configurantes de todo el problema. En nuestro mundo, la validez jurídica presenta un carácter más vinculante que la obligación moral. El problema de las leyes injustas debe ser visualizado como un asunto de política jurídica. Brindar mayores espacios para la discrecionalidad judicial para resolver bajo criterios morales, también. Las normas se dictan –y deben dictarse- de acuerdo a contenidos de justicia intrínsecos, sin perder de vista el objetivo pragmático.

Volviendo al punto original: ¿Existe una conexión conceptual entre derecho y moral? En un mundo en que los únicos que objetarían el estatus de sistema jurídico al régimen nazi son algunos teóricos del derecho natural, resulta difícil ver por qué sí. Nadie duda que son órdenes de conducta distintos, así como tampoco nadie duda de sus innumerables relaciones fácticas. Aunque a primera vista parezca una interrogante meramente semántica, la pregunta en disputa esconde una inquietud esencialmente práctica: no podemos permitir que derecho y justicia se encuentren divorciados uno del otro, pues todo sistema jurídico debe responder a las exigencias de justicia de los integrantes de su comunidad, por ende, si es jurídico, es justo. Sin embargo, resulta innecesario transformar una preocupación propia del razonamiento práctico a un asunto de relaciones conceptuales, que nos obliga a indagar en las propiedades esenciales y necesarias, y en el problema demarcatorio. Se le ha dado una importancia desbocada a un ejercicio que en buenas cuentas, no es más que una asimilación conceptual.

Además, es un error establecer conexiones necesarias y esenciales entre dos conceptos sólo porque deseemos que se encuentren unidos en el mundo fáctico. De lo uno, no se sigue lo otro, y el llamado es a enfocarse en este deseo, una demanda política constante. Alf Ross sostiene: ¿A quién se le ocurriría referir la validez de las normas del ajedrez a una validez *a priori*, a una idea pura del ajedrez, puesta en el hombre por Dios o deducida por la eterna razón humana? El pensamiento es ridículo porque no tomamos al ajedrez tan en serio como al derecho, y ello es así porque hay emociones más fuertes asociadas a los

conceptos jurídicos. Pero ésta no es una razón para creer que el análisis lógico deba adoptar una actitud fundamentalmente diferente en uno y otro caso¹⁰³. Visto de esta manera, hay un importante aspecto emocional involucrado en el problema, y éste es el móvil detrás de la tesis de la vinculación. El mismo razonamiento se aplica al caso de las leyes injustas. Un derecho dotado de propiedades morales intrínsecas es un horizonte común a toda la humanidad, visto así, es una preocupación práctica, las indagaciones conceptuales en torno a este tema entranpan la verdadera naturaleza del debate.

En último término, es necesario destacar algunos puntos. No ha sido el objetivo de este trabajo demostrar la irrelevancia del problema de la (no) vinculación entre el derecho y la moral. De lo que se ha tratado, en un nivel crítico, es de argumentar a favor de la tesis de que pretender trazar un límite –más o menos preciso- entre la esfera jurídica y moral, en la teoría del derecho del siglo XX, carece de sentido teórico, y más importante aún, de sentido práctico. Este afán sistematizador, legado de Kant, lo podemos visualizar, con mayor fuerza, en las obras de Kelsen, Hart y Raz; no así en Dworkin y Finnis, quienes se enfrentaron al problema de manera más fluida, o “libre”, si se quiere. Junto con esto, efectuar una revisión -en un sentido además de crítico, expositivo- de las teorías más importantes acerca de la relación derecho y moral. Como se ha visto, la discusión discurre entre diversos niveles, así por ejemplo, algunos lo enfocan en la fase de la legislación, otros en la fase de la judicación.

¹⁰³ ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba. (2010). 41p.

Conclusiones

Como bien se vio en el primer capítulo, la teoría jurídica se vio dominada por la noción de que es posible y deseable estudiar al derecho como una ciencia. De aquí se desprenden una serie de otras ideas que es necesario comentar. Entre ellas, la idea de que existe una estructura lógica única de las normas jurídicas, caracterizada por rasgos de generalidad, validez y certeza; la aplicación del principio de verificación al campo de las ciencias jurídicas, y la posibilidad de estudiarlo en abstracción de toda consideración ideológica o moral.

Ninguna de dichas ideas encuentra mayor sustento empírico. Las ideas más influyentes en toda disciplina, son a su vez, un producto de su historia. El contexto histórico en el cual surgieron propició la hegemonía del método científico en toda su extensión. Sin embargo, se trata de un paradigma anclado en cimientos demasiado artificiosos. No se visualizan razones de peso para pensar que el derecho comparte, o debiera compartir las características propias de los objetos formales. Como señalaba que es indispensable la unidad de método, para así lograr un cuerpo de doctrina homogénea, aplicable a todos los fenómenos, la unificación de la ciencia. Este argumento es un fracaso. Son el objeto de estudio y sus propias características las que constituyen al método, no viceversa. Si partimos de la base que la realidad jurídica no presenta prácticamente ninguno de los atributos propios de los objetos formales, entonces no hay motivos para concebirlo bajo esta lógica. La necesidad de certeza casi absoluta, en todos los campos, significó una deformación en la manera que concebimos al derecho. Como bien se indicó previamente, el derecho que es depende, inexorablemente, de lo que creamos que el derecho es, es un orden imaginado. Así, la subjetividad es un elemento decisivo a la hora de hacer teoría jurídica, lo cual incluye la esfera ideológica y moral. Resulta algo irónico que quienes hayan aducido depurar al fenómeno jurídico de elementos ideológicos -en sentido negativo- de igual manera hayan sido presa de la ideología. Kelsen argumentaba que la ciencia jurídica debía estudiar a las normas, no la realidad social. Sin embargo, las normas

jurídicas no son sino, en el fondo, realidad social. En la terminología de Dworkin, no son clases naturales. Las plantas o los planetas, en cambio, no son realidad social, o un producto de ella. En este paradigma, la separación conceptual entre derecho y moral se fundamentó en una quimera.

Hart contribuyó a brindar una visión más cotidianista y menos artificiosa del derecho, concebido como práctica social, siendo también, un producto de su época. Dicha contribución fue necesaria para enriquecer la disciplina y anclarla en cimientos más realistas en relación al objeto de estudio. Los pilares que sustentan su tesis de separabilidad entre derecho y moral, son la enumeración de las cuatro diferencias cardinales entre ambos tipos de normas, y la tesis de la conexión meramente contingente. El propósito central de su obra, como es de sobras conocido, es el de entender la naturaleza (o esencia) del derecho. En este sentido, la enumeración mencionada, pretende aportar a este propósito.

Trazar un conjunto de diferencias entre ambos órdenes de conducta nos permite aproximarnos a esta supuesta naturaleza. Sin embargo, lo problemático del argumento, es que sigue girando en torno a la noción de “naturaleza” de lo jurídico. Como se ha querido plantear en este trabajo, el derecho no es aquella clase de cosas que presentan un conjunto de propiedades esenciales y necesarias. La descripción de las diferencias cardinales, debe ser interpretada como un conjunto de distinciones que **en general** demarcan lo jurídico de lo moral, pero no pueden revestir un carácter exhaustivo, dado que se trata de un concepto artefacto. De esta manera, su teoría importa un esfuerzo por comprender al derecho como un fenómeno relacionado aunque diferente de la moral, pero no puede dar cuenta de los atributos que **necesariamente**, y en todos los casos, trazan un límite entre ambos mundos. Así las cosas, su tesis de la conexión meramente contingente se puede interpretar en armonía con este punto.

En Dworkin no encontramos una pretensión expresa por trazar un límite entre derecho y moral. Más bien, lo que hay es una preocupación sobre el derecho en acción, no sobre el derecho en su concepto, su esencia o su naturaleza. Al respecto, cobra sentido la aserción de que ambos autores enfocaron su atención

en niveles distintos. La tesis de la conexión entre derecho y moral en Dworkin se explica a través de un análisis empírico sobre cómo, de hecho, los jueces resuelven los casos sometidos a su conocimiento, en que sencillamente no es posible trazar esta separación, pues la aplicación del derecho envuelve siempre, en mayor o menor medida, una aplicación de las normas pertenecientes a la moral social.

Como se vio, la explicación de los “casos difíciles”, el rol que cumplen los argumentos de principio, y la legislación como un producto apenas parcialmente autónomo de los criterios de moralidad, dan cuenta de ello. La tesis de la separación en Hart opera en un nivel distinto a la tesis de la conexión en Dworkin, cuyo principal propósito es demostrar por qué resulta ficticio trazar una separación entre ambas esferas, en un mundo en que se encuentran unidos de facto. Así, el enfoque escogido por el autor para abordar el problema es fecundo, ya que no se remite al espinoso asunto de los atributos esenciales o necesarios del derecho o la pregunta por su naturaleza, sino de su materialización, y en consonancia con el concepto de moralidad política. Su teoría del derecho como integridad no resuelve el problema de la demarcación, sino que más bien, lo disuelve, indicando a los jueces cómo resolver casos concretos. El autor parece estar consciente de que el tipo de análisis que subyace al problema de la demarcación no puede ser exitoso.

Finnis, por su parte, desarrolla una teoría que expresamente indica como un error filosófico la pretensión de demarcar, con precisión, un límite entre lo jurídico y lo no-jurídico, apartándose, como Dworkin, de la serie de filósofos que han incurrido en esta metodología. La tesis de la conexión entre derecho y moral se asila en una exigencia práctica, pues la moral se constituye como base racional de la actividad jurídica y determinante del derecho. Así, el orden jurídico se encuentra conectado a las exigencias de la razonabilidad práctica (moral) ya que no es sino su derivación. La esfera de la moralidad prima sobre aquélla. Dicho en otros términos, existe una primacía de la obligatoriedad moral sobre la obligatoriedad (validez) jurídica, el teorema de Finnis así lo expresa.

¿Significa esto, siguiendo esta línea, que un ordenamiento jurídico que no se encuentre regido por las máximas de la razonabilidad práctica no sea en rigor, jurídico? No se infiere lógicamente esto. En Finnis, a pesar de ser el más emblemático de los iusnaturalistas contemporáneos, no se visualiza una tesis de la conexión que se enmarque en el terreno de lo conceptual, sino que en el terreno de la razón práctica. Lo que subyace aquí es un llamado a reforzar las exigencias del deber ser en la esfera del ser, sin identificarlas: no es la pregunta sobre el estatus jurídico de un sistema de normas injusto, sino la permanente demanda por encontrarnos regidos bajo un efectivo imperio del derecho. Ciertamente, el caso central de derecho en su teoría se rige netamente por criterios formales, sin embargo, serán casos –de derecho, ciertamente- defectuosos en tanto no presenten propiedades morales intrínsecas. El teorema de Finnis, en definitiva, propone una suerte de desobediencia civil al respecto. Por supuesto, el autor nunca formuló explícitamente este concepto, pero podemos inferirlo.

Recapitulando, un sistema jurídico comprometido con las exigencias más básicas de la moralidad social reviste una importancia fundamental para la convivencia y el avance de la humanidad, qué duda cabe. Este principio se ve recogido, explícita o implícitamente, por todo autor sensato. Por tanto, no es conducente atribuirle al positivismo jurídico la responsabilidad por las atrocidades cometidas por algún régimen jurídico que se ampare en sus reglas inicuas, como lo hiciera en su momento, Lon Fuller, en relación al caso de la Alemania Nazi¹⁰⁴.

Tampoco es apropiado calificar de no-jurídico a un régimen de esas características, pues esta no es la lucha, no lo ha sido y no debe serlo. La historia de la filosofía se ha visto presa, con relativa frecuencia, de disputas en que la semántica, o el análisis del lenguaje se han transformado, de ser un instrumento, a un objetivo en sí mismo. Como se esbozó previamente, no tiene mayor impacto afirmar la no juridicidad de un sistema injusto, si en la realidad social, ambos conceptos se encuentran conceptualmente divorciados. Más fructuoso será

¹⁰⁴ Resulta lamentable que la teoría jurídica recoja siempre éste ejemplo. El siglo XX nos brindó innumerables casos, desde todos los rincones del mundo.

afirmar la deslegitimación de un sistema injusto, pues sostener su carácter no jurídico es además, un abuso terminológico.

Si agregamos la empresa de enumerar los atributos necesarios y esenciales del derecho, el problema de la demarcación pierde aún más peso, ya que como se ha visto, es un requisito previo inabarcable. Ésta es la piedra de tope a la que se enfrenta la tesis de la separabilidad, al menos, alguna vertiente que gire en torno a la idea de un conjunto más o menos cerrado de propiedades y requisitos esenciales. Si bien su tesis es acertada, su metodología, entendida de esta manera, es impracticable.

El desafío consiste en desarrollar una unión fáctica entre el derecho y la justicia, inmersos en el terreno de la política jurídica, y para esto no es necesario formular ninguna conexión conceptual. La pretensión detrás de la tesis de la vinculación es loable, y requerida por la sociedad en su conjunto, pero parte de un supuesto ontológico falso y artificioso: que hay una conexión conceptual entre derecho y moral.

Bibliografía

- ALEXY, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Ed. Marcial Pons. (2008).
- ATRIA, Fernando. "La ironía del positivismo jurídico". DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. N° 27 (2004).
- BARBAROSCH, Eduardo. *Los derechos subjetivos en el pensamiento de Alf Ross*. Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Lexis Nexis. Abeledo Perrot. N° 22. (2002).
- BIX H, Brian. *Diccionario de Teoría Jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México. (2009).
- BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. Fontamara, México. (1991).
- CAMARGO, Ricardo. *El sublime objeto de la ideología*. Ediciones Metales Pesados. (2011).
- CAMPBELL, Tom. *El sentido del positivismo jurídico*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. (1989).
- COMTE, Augusto. *Principios de filosofía positiva*. La España Moderna. Madrid. (1903).
- DABOVE, María Isolina. "El Concepto de Derecho en la teoría de H.L.A. Hart. Perspectiva tridimensional", en: SEMINARIO SOBRE EL PENSAMIENTO IUSFILOSÓFICO OCCIDENTAL. Rosario, Universidad Nacional de Rosario. (33-53p). (2003).
- DUMMETT, Michael. *Origins of Analytical Philosophy*. Duckworth. Londres. (1993).
- DWORKIN, Ronald. "El Postcríptum de Hart y el carácter de la Filosofía Política". *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, n° 1 (2004).
- DWORKIN, Ronald. *La justicia con toga*. Marcial Pons. (2007).

- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel. Barcelona. (1989).
- FINNIS, John. *Ley Natural y Derechos Naturales*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. (2000).
- HARARI, Yuval Noah. *De animales a dioses: breve historia de la humanidad*. Penguin Random House. (2017).
- HART, H.L.A. "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", en: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. (1983).
- HART. H.L.A. *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*. Ediciones DePalma. Buenos Aires. (1962).
- HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Abeledo Perrot. Buenos Aires. (1998).
- HART, H.L.A. "Post Scriptum (El concepto de derecho)". (225-263p). *Estudios Públicos*. N° 65. (1997).
- JOVANOVIC, Miodrag. "Is legal positivism tenable beyond moral relativism?". (193-251p). En: *Anuario de de Filosofía y Teoría del Derecho*, Número 9. Biblioteca Jurídica UNAM. (2015).
- KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Eudeba. (2009).
- LARRAÍN, Jorge. *El concepto de ideología. Volumen 3. Irracionalismo, historicismo y positivismo: Nietzsche, Mannheim y Durkheim*. LOM Ediciones. Santiago. (2009).
- LEITER, Brian. "El problema de la demarcación en la teoría del derecho: una razón más a favor del escepticismo", en *Neutralidad y teoría del derecho*. (223-241p). Ed. Marcial Pons. (2012).
- LEITER, Brian. "Más allá del debate Hart/Dworkin: El problema de la metodología en la teoría del derecho", en *Neutralidad y teoría del derecho* (209-243). Ed. Marcial Pons. (2012).

- McCORMICK, Neil. *H.L.A. Hart*. Marcial Pons. (2010).
- ORREGO, Cristóbal. "La amenaza del consecuencialismo ético a los derechos humanos absolutos". (249-270p). Universidad Católica del Norte. Cuadernos de la Escuela de Derecho. (2001).
- PÉREZ, Carlos. "Vaguedad en el realismo jurídico". En: *Revista de Derecho y Humanidades*. (141-152p). N° 19. (2012).
- RAZ, Joseph. "El problema de la naturaleza del derecho". En *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del derecho*. (131-151p). N° 3. (1995).
- RAZ, Joseph. "¿Puede haber una teoría del derecho?". En *Una discusión sobre la teoría del derecho* (47-86p). Ed. Marcial Pons. (2007).
- RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*. Siglo del Hombre Editores. (1997).
- ROSS, Alf. "El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*. Año 6, número 12. (2008).
- ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba. (2010).
- SHAPIRO, Scott J. "El debate Hart-Dworkin: Una breve guía para perplejos", en: *Dworkin y sus críticos. El debate sobre el imperio de la Ley*. (143-194p). Tirant Lo Blanch. Valencia. (2012).
- SHAPIRO, Scott J. "¿Qué es el derecho (y por qué debería importarnos)?", en: *Neutralidad y teoría del derecho*. (279-310p). Ed. Marcial Pons. (2012).
- STRAWSON. P.F. *Análisis y metafísica. Una introducción a la filosofía*. Ediciones Paidós. (1997).
- STROLL, Avrum. *La filosofía analítica del siglo XX*. Siglo Veintiuno de España Editores. (2003).