



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE PREGRADO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS DEL DERECHO

PERSISTENCIA Y POSIBILIDAD NORMATIVA

Lo jurídico y lo moral a partir de Hart y Orellana Benado

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

Felipe Andrés Aguirre Guazzini

Supervisor de investigación: Dr. M.E. Orellana Benado

Santiago – Chile

Enero 2020

A mis padres

Agradecimientos

Escribí este ensayo motivado por un asombro doble. Primero, por la indiferencia que caracteriza a los profesionales chilenos respecto de los asuntos teóricos en general. Da la impresión de que nada puede aprenderse de sus libros y palabras. Tampoco del conjunto de códigos, leyes y textos normativos que conforman la parte escrita de nuestro derecho. Nada de lo anterior parece mostrar ni sugerir ningún tipo de verdad sobre la relevancia de las teorías. Y segundo, por el desinterés generalizado sobre las teorías acerca del fenómeno jurídico y su desconocido impacto sustantivo tanto a nivel de políticas públicas como a nivel judicial concreto al interior del mundo de los estudiantes, académicos del derecho y operadores jurídicos.

La Universidad de Chile no está libre de este problema educativo. Forma abogados que ejercen la profesión desde un formalismo mecanicista supuestamente neutral, pero finalmente perverso, en las más diversas áreas laborales. Me refiero a jueces, fiscales, defensores particulares, asesores económicos, litigantes civiles, abogados corporativos, auxiliares de la administración de la justicia, así como profesionales con cargos políticos, legislativos, administrativos y técnicos en el Estado.

Empecé a escribir esta tesis en 2017, suspendiendo su redacción durante ciertos períodos. De cualquier forma, el primer borrador general data de junio de 2019, mucho antes de la revolución social que comenzó el 18 octubre de 2019 en Chile. Ahora, a más de 50 días de aquel impresionante día, tengo más esperanza de que valoremos lo político, lo histórico y lo teórico como herramientas indispensables para conocer y configurar la realidad. La primera tarea de la filosofía, antes que alcanzar conclusiones, es desmitificar supuestas verdades.

La influencia principal sobre lo que aquí escribí reside en las tesis elaboradas en el marco del proyecto de investigación “Pluralismo, igualdad jurídica y diversidad valorativa” del que fuera responsable el Dr. M.E. Orellana Benado. En particular, de los trabajos de Marcos Andrade Moreno, Ernesto Riffo Elgueta y Esteban Pereira Fredes. De la lectura de sus altamente documentados e inteligentes trabajos proviene mi punto de partida en la búsqueda de un pensamiento propio.

Agradezco al profesor M.E. Orellana Benado por haberme recibido en su equipo docente como alumno ayudante *ad honorem* durante tres años. Y, principalmente, por haberme alentado

a concluir mis estudios de licenciatura a pesar del poco estimulante ambiente educacional, marcado por la incapacidad crítica y la memorización de cantidades ingentes de contenidos, al interior de nuestra Facultad. El padecimiento existencial de los estudiantes aparejado a este fenómeno encuentra su punto álgido en la vetusta modalidad del examen de grado para optar a la licenciatura. Un solo ejemplo clarificador: de las dos psicólogas contratadas por nuestra Facultad una de ellas está dedicada casi exclusivamente a la atención de egresados que preparan dicho examen. Esto afecta a los estudiantes y a sus familias, es grave y debe ser modificado con urgencia. Frente al silencio cómplice de nuestras autoridades académicas, surgen un par de preguntas: ¿qué tipo de profesionales quiere formar nuestra Facultad? ¿Cuál será la contribución de nuestros abogados al reconocimiento y respeto de las diversas y legítimas formas de vivir al interior de nuestra sociedad?

Agradezco también a la profesora Carolina Bruna por su calidad humana, docente y por haberme introducido al pensamiento de Max Weber, pese a que en este trabajo se le aborda solo de manera muy tangencial.

Pese al problema anterior, tuve el honor de aprender de personas excepcionales, los profesores Miguel González Lemus, Juan Pablo Mañalich Raffo, Gonzalo Medina Schultz, Carlos Peña González, Carlos Pérez Soto y Santiago Schuster Vergara. Ninguna rama del derecho ni tendencia política tiene el monopolio de la buena docencia.

Finalmente, agradezco de todo corazón a mi familia y amigos por su invaluable apoyo.

Índice

Resumen	9.
Introducción	11.
I. Hart y el derecho como conjunto de prácticas sociales	13.
1. Metafilosofía: la filosofía del derecho en la tradición analítica	13.
2. El aspecto social del lenguaje normativo: Wittgenstein y Winch	19.
3. El positivismo “hartiano”	24.
4. Interpretaciones y problemas	40.
II. Orellana Benado y las formas de vivir	45.
1. Berlin y la diversidad	45.
2. La pregunta fundamental de la ética	51.
3. La proyección del pluralismo al fenómeno jurídico	61.
III. Los usos morales del derecho	63.
1. Tensión normativa	63.
2. Positivismo y pluralismo	69.
3. Excurso	79.
Conclusiones	81.
Bibliografía	83.

Resumen

El presente ensayo busca elucidar un concepto de lo jurídico y de lo moral que permita responder a las exigencias de reconocimiento de las identidades diversas que componen una sociedad moderna a partir del positivismo de Hart y el pluralismo de Orellana Benado.

En el primer capítulo se aborda la teoría “hartiana”. Este autor advirtió la necesidad de separar conceptualmente el derecho y la moral, ya que los valores del derecho pueden no coincidir con nuestros valores comunitarios o sociales. El carácter institucionalizado del derecho en tanto sistema normativo y coercitivo acarrea peligros graves de disociación con distintos tipos de valores. A esto se le ha llamado positivismo *pesimista*. Sin embargo, la identificación del derecho sin recurrir a moral alguna permite su crítica radical.

En el segundo capítulo se presenta la ética pluralista de Orellana Benado a la luz de la influencia que produjo en él la obra de Isaiah Berlin y el trabajo de ambos sobre los valores y las formas de vida en las que ellos nacen. Berlin reconoció la existencia objetiva de los valores morales y Orellana Benado, por su parte, la posibilidad procedimental de promover el encuentro respetuoso en la diversidad legítima.

En el tercer y último capítulo se sugiere que una mejor comprensión del derecho a partir de la teoría de Hart requiere incorporar la ética pluralista esbozada desde Berlin y Orellana Benado. Finalmente, este ensayo busca definir si es posible compatibilizar dos ideas, a saber: los peligros que acarrea el derecho y una ética pluralista que pueda practicarse al interior de un tal sistema jurídico. Aquí se proponen también posibles repercusiones de lo anterior en el ámbito de lo jurídico-estatal junto con analizar la tensión entre la persistencia y la posibilidad normativa.

Introducción

El presente trabajo tematiza y relaciona la filosofía jurídica del oxoniense H.L.A Hart (1907-1992) y la filosofía de la moral del chileno M.E. Orellana Benado, ámbitos de discusión diferentes pero imbricados. Ambos autores se sitúan al interior de la tradición analítica de la filosofía, cuestión que hace necesario comenzar presentando su contexto, similitudes y diferencias. Se dedicará un capítulo a cada filósofo para presentar sus conceptos básicos y se expondrán, además, las influencias que comparten. En el tercer y último capítulo se justificará dicha relación y se explicitará la lectura conjunta echando mano a las herramientas conceptuales y metafilosóficas ya anticipadas y ciertas implicancias en lo jurídico-estatal.

En el capítulo I se aborda la filosofía del derecho de Hart como una concepción cotidianista al interior de la tradición analítica. Ella se encuentra en el seno de la filosofía analítica del derecho, Sus influencias, siguiendo a Maribel Narváez Mora y Sebastián Figueroa Rubio, nos reconducirán directamente a la escuela de Oxford en filosofía del lenguaje y a la sociología de Peter Winch (1926-1997), concepciones emparentadas con la filosofía del así llamado “segundo” Wittgenstein, es decir, la contenida en sus *Investigaciones filosóficas* (1953). Este último autor justifica la distinción entre el punto de vista interno y el externo en la teoría de Hart.

Siguiendo a Ernesto Riffo Elgueta, esta tesis tiene al jurista oxoniense como un positivista “blando” en la filosofía del derecho. *Blando* porque no solo presenta una propuesta sociológica de comprensión del derecho, que es en parte empírica y medible, sino que además está influenciado por la concepción cotidianista en la tradición analítica de la filosofía. También se problematiza desde su pensamiento si acaso el derecho tiene una esencia o naturaleza necesaria en tanto fenómeno social complejo. Hart pretende elucidar las características compartidas generalmente por los sistemas jurídicos a partir de la estructura de unión de reglas primarias con reglas secundarias. Pese a esto, para Riffo Elgueta su filosofía es antiesencialista. Paralelamente su formación en filosofía del lenguaje le hace reconocer, además, el carácter abierto del lenguaje que comparte el lenguaje jurídico. Hart hace coincidir incluso la estructura general o condición de posibilidad del lenguaje con la del derecho: la persistencia. Y muestra, también, cómo el análisis del lenguaje cotidiano permite, junto a descripciones sociológicas, elucidar un concepto de lo jurídico.

En el segundo capítulo se hará un trabajo similar, esta vez con la ética del bien poder o pluralismo de Orellana Benado. El foco de atención será el texto “Negociación moral” (2010) además de su antecedente inmediato: *Pluralismo. Una ética del siglo XXI* (1994). Se trata, como Orellana Benado mismo explicita, de una teoría con orígenes en, entre otros, Isaiah Berlin (1909-1997) y P.F. Strawson (1919-2006). Serán brevemente expuestos conceptos centrales de estos autores tales como las características de los valores en Berlin, a saber, i) pluralidad; ii) incomensurabilidad y iii) objetividad.

Luego de presentar las ideas centrales de “Negociación moral”, a saber, la distinción ética entre *tratar como valores* y *vivir como valores*, junto a la distinción metafísica para hablar sobre lo humano: nivel igualitario; nivel de abstracción variable; y nivel concreto, se procede a sugerir consecuencias en el plano jurídico y las primeras aproximaciones metafilosóficas con la filosofía del derecho analítica. Para Orellana Benado contar con un entendimiento puro y formal (o como dirá años después, igualitario o filosófico) acerca de lo humano es un presupuesto necesario de la ética.

En el tercer capítulo y final se profundiza la relación entre Hart y Orellana Benado a la luz del pluralismo en lo jurídico-estatal. Hart advirtió la necesidad de separar conceptualmente el derecho y la moral ya que los valores del derecho pueden no coincidir con nuestros valores comunitarios o sociales. El carácter institucionalizado del derecho en tanto sistema normativo y coercitivo acarrea peligros graves de disociación con distintos tipos de valores. A esto se le ha llamado positivismo pesimista. Sin embargo, la identificación del derecho sin recurrir a moral alguna permite su crítica radical, la crítica a todo el derecho. Se sugiere allí que una mejor comprensión del derecho a partir de la teoría de Hart requiere incorporar la ética pluralista esbozada a partir de Berlin y Orellana Benado. Berlin reconoció la existencia objetiva de los valores morales y Orellana Benado, por su parte, la posibilidad procedimental de promover el encuentro respetuoso en la diversidad legítima. Frente a lo anterior, se aborda la tensión entre la persistencia y la posibilidad normativa y se busca definir si es posible practicar una ética pluralista al interior de un sistema jurídico conceptualizado desde el positivismo.

Capítulo I

Hart y el derecho como conjunto de prácticas sociales

La filosofía del derecho de Hart pertenece a la tradición analítica en filosofía¹. La tensión argumentativa entre distintas concepciones que caracteriza el nacimiento de dicha tradición encuentra correlato en un campo más de reflexión como es la teoría sobre los asuntos jurídicos.

El pensamiento de Ludwig Wittgenstein (1889-1951) irradia la filosofía de Hart de manera indirecta y bifronte. Inspirado en la filosofía del lenguaje ordinario y a partir de la crítica a la teoría imperativa de John Austin, Hart presentará una propuesta original: el derecho no se agota en una imposición violenta ni coincide con la moral. Es, más bien, un asunto de reglas.

Las implicancias del positivismo pesimista de Hart nos llevarán a reflexionar sobre lo que su teoría dejó pendiente². En particular, luego de elucidar la estructura general del derecho, queda abierta la pregunta por la identificación de los partícipes de un sistema jurídico en tanto comparten las formas de vivir de las que provienen la normatividad tanto jurídica como moral.

1. Metafilosofía: la filosofía del derecho en la tradición analítica

Según Orellana Benado conviene distinguir, al menos, tres dimensiones dentro del ámbito de prácticas filosóficas que constituyen a las distintas tradiciones en filosofía. A saber: una conceptual, otra institucional y, por último, una política³. En la dimensión conceptual o lingüística:

se construye, defiende y ataca las respectivas *concepciones de la filosofía*: los *productos* surgidos de las *prácticas filosóficas* de los distintos autores: sus peculiares combinaciones de ambiciones, objetivos, y preguntas así como de afirmaciones, teorías o modelos en términos de los cuales con su vocabulario y respaldo de distintos métodos (ejemplos, argumentos o relatos), pretenden

¹ Para una definición de tradición analítica en la filosofía, véase (Orellana Benado, Tradiciones y concepciones en filosofía 2010). Para una revisión de la pertenencia de Hart a la tradición analítica (E. Pereira Fredes, Tradición analítica de la filosofía del derecho 2015).

² Según Riffo Elgueta “el positivismo pesimista de Hart es afín al pluralismo: su teoría da cuenta de una preocupación pluralista, a saber, la pérdida, el sacrificio de un valor y la satisfacción de otro que significa el paso del mundo pre-jurídico al mundo jurídico” (Riffo Elgueta, Explicando el derecho. Pluralismo, prácticas e instituciones jurídicas 2012), 55.

³ (Orellana Benado, Tradiciones y concepciones en filosofía 2010), 54.

responder a estas últimas, por nombrar tres áreas básicas en el entendimiento temático del dominio de prácticas filosóficas, en metafísica, epistemología o ética⁴.

La dimensión institucional, por su parte, “designa, por de pronto, los centros de formación, investigación e irradiación en filosofía y las redes que tales instituciones integran; los textos que en ellas son considerados canónicos para cada uno de tales propósitos; los proyectos, líneas y programas de investigación que en ellos se ejecutan” así como las instancias de discusión y sus fuentes de financiación. Finalmente, la dimensión política registra las alianzas y rivalidades internas a la filosofía misma, así como su relación con otras disciplinas y cómo lo anterior determina el curso de sus pugnas. Hablar de una *tradición filosófica*, entonces, requiere la existencia de a lo menos dos concepciones en tensión argumentativa que “más allá de sus rivalidades y alianzas, están anclados en una misma *red institucional*”⁵. ¿Cuáles son las concepciones que conviven dentro de la más joven de las tradiciones filosóficas?⁶

La filosofía analítica comienza con la disputa entre las concepciones científicista y cotidianista, no obstante las demás concepciones que nacieron a su alero durante los años venideros⁷. En contra de la opinión según la cual la filosofía analítica se identifica con el cientificismo, Avrum Stroll (1921-2013) propone una lectura simple, pero eficaz: “[a] pesar de que en la actualidad se hacen frecuentes referencias a la «filosofía científica», no hay duda de que la filosofía es esencialmente una actividad humanista. Algo que se muestra por sus vínculos con el pasado”⁸. Otra manera de presentar el argumento que considera dimensiones extraconceptuales aparece en el juicio de Esteban Pereira Fredes según el que “[I]a tradición analítica de la filosofía, quizás con mayor intensidad que las restantes tradiciones filosóficas, se encuentra definida en torno a la tensión y controversia entre distintas concepciones que conviven en su interior”⁹. La filosofía de Isaiah Berlin y sus discípulos podría constituir un ejemplo de una tercera concepción filosófica en la tradición analítica, cuestión que se analizará en el capítulo II. Abordemos primero la disputa clásica.

⁴ (Orellana Benado, Tradiciones y concepciones en filosofía 2010), 50-51

⁵ (Orellana Benado, Tradiciones y concepciones en filosofía 2010), 52 y 66.

⁶ Según Orellana Benado existirían las tradiciones analítica, existencial, marxista y tomista, de las cuales la analítica es la más reciente (Orellana Benado, Tradiciones y concepciones en filosofía 2010), 56-57.

⁷ Otras concepciones son, por ejemplo, la concepción historicista o la argumentativa. Véase (Orellana Benado, El analítico renegado 2011), 252-270 y (Orellana Benado, Pluralismo 2011), 16 y 34-36.

⁸ (Stroll, La filosofía analítica del siglo XX 2002), 4.

⁹ (E. Pereira Fredes, Tradición analítica de la filosofía del derecho 2015), 283-322.

La concepción científicista fue inaugurada por Gottlob Frege (1848-1925) y Bertrand Russell (1872-1970) en la búsqueda de una fundamentación de las matemáticas y su reducción a las verdades de la lógica. Tal proyecto requería de un lenguaje artificial y perfecto, libre de la vaguedad y la ambigüedad del lenguaje cotidiano. Estas preocupaciones serían seguidas por el Círculo de Viena, un grupo de economistas, filósofos, físicos, lógicos y matemáticos con motivaciones afines que creyó encontrar su inspiración en el *Tractatus Logico Philosophicus* (1921) de Wittgenstein¹⁰. El propósito del *Tractatus* es establecer los límites del lenguaje con significado, argumentando que la explicación del mundo o ciencia depende de la estructura lógica del lenguaje¹¹. El lenguaje, el mundo y el pensamiento compartirían una estructura lógica que permite crear representaciones pictóricas para describirlo.

Ahora bien, para la concepción científicista la filosofía es *continua* con la ciencia¹². En otras palabras, el científicista suscribe la idea que “la capacidad de adquirir conocimiento es la esencia de lo humano, es decir, que se podría construir una visión unificada de lo humano y de su mundo a partir de dicha capacidad¹³”. Un lenguaje perfecto proporcionaría la estructura que sustenta tal proyecto de unificación.

En el extremo opuesto a la concepción científicista encontramos la que, según Pereira Fredes, emprende *la embestida* en su contra¹⁴. Los trabajos de G.E. Moore (1873-1958) y del tardío o segundo Wittgenstein inauguran casi paralelamente la filosofía del lenguaje cotidiano u ordinario como una crítica a Frege, Russell y sus seguidores. El lenguaje cotidiano tendría, por lo menos, la misma dignidad teórica que el lenguaje artificial o formal de la lógica en tanto herramienta conceptual de las prácticas filosóficas. La concepción cotidianista considera que el

¹⁰ (Stroll, Wittgenstein 2007), 23-26. Como es sabido, los integrantes del Círculo de Viena obviaron el propósito místico incluso explicitado en el primer Wittgenstein.

¹¹ Es claro que la doctrina del *Tractatus* según la cual “el mundo es la totalidad de los hechos y no de cosas” (1.1) encuentra su antecedente directo en Frege: “[d]escubrir verdades es tarea de todas las ciencias: a la lógica le corresponde reconocer las leyes de lo verdadero. La palabra “ley” es usada en un sentido doble. Cuando hablamos de leyes morales o de leyes del Estado, nos referimos a prescripciones que deben ser observadas, pero con las cuales los hechos no siempre concuerdan. Las leyes naturales son lo general del acontecer natural, a las que éste se adecua siempre. Es más bien en este segundo sentido que hablo de leyes de lo verdadero. *Claro está que no se trata aquí de lo que acontece, sino de lo que es*” (Frege, *El pensamiento: una investigación lógica* 1996), 23 (énfasis mío).

¹² (Orellana Benado, *Pluralismo* 2011), 32.

¹³ (Orellana Benado, *Escepticismo, humor y el archipiélago del conocimiento* 2011), 194-227.

¹⁴ (E. Pereira Fredes, *Strawson y la embestida contra el científicismo* 2007). En rigor, se refiere a la crítica de P.F. Strawson, como parte de la segunda generación de analíticos, a la “teoría de las descripciones definidas” de Russell.

lenguaje ordinario es la fuente del esquema conceptual básico o general de lo humano¹⁵. O bien, como el comienzo de la reflexión filosófica¹⁶. La médula de la crítica cotidianista al cientificismo según Orellana Benado sería que: “[e]l lenguaje humano es un conjunto de formas de acción diversas que carecen de una lógica exacta”¹⁷.

Wittgenstein transitó de una a otra concepción. Este movimiento caracteriza el nacimiento y la proyección de la tradición analítica en filosofía: “[d]esde su momento fundacional existen zonas de conflicto cuya adjudicación se encuentra pendiente; a saber, (i) ciencia y lenguaje; (ii) lenguaje perfecto y lenguaje cotidiano; y (iii) monismo y diversidad. Tales sectores de conflicto se proyectaron a la reflexión de la filosofía del derecho analítica, conformando una tradición jurídica que conservó la complejidad e indefinición de sus raíces filosóficas” indefinición que no es otra cosa que la tensión argumentativa entre concepciones divergentes¹⁸. Esta modificación en la argumentación de cada ámbito, interpreto, sería el requisito mínimo para pasar de ser cientificista a ser cotidianista¹⁹. Según Pereira Fredes, Wittgenstein habría cambiado de opinión, al menos, sobre estos tres ámbitos²⁰.

Como era de esperar, esta disputa alcanzó nuevos terrenos. La obra de Hart representa el correlato en la filosofía analítica del derecho de la concepción cotidianista del lenguaje. Así, Hart inaugura una reflexión teórica sobre el fenómeno jurídico que destaca la variedad y complejidad del lenguaje jurídico. Como buen cotidianista, en su obra es posible rastrear, entonces, su entendimiento respecto de i), ii), y iii). La tarea de identificación específica de cada

¹⁵ (E. Pereira Fredes, Isaiah Berlin y P.F. Strawson. Antecedentes del Pluralismo en la Tradición Analítica de la Filosofía 2008), 29-34.

¹⁶ (J. L. Austin 1975), 177.

¹⁷ (Orellana Benado, La rebelión de sir Peter 2011), 345.

¹⁸ (E. Pereira Fredes, Tradición analítica de la filosofía del derecho 2015) 284-290.

¹⁹ Respecto a la opción del primer Wittgenstein sobre (ii): “En efecto, Russell reconoce que la tan famosa doctrina del ‘Atomismo Lógico’, que el filósofo inglés presentara en una serie de conferencias en 1918, ‘debía su origen a explicar ciertas ideas aprendidas de su amigo y discípulo Ludwig Wittgenstein’ (Stroll, 2002). Dicha doctrina puede ya leerse en el propio *Tractatus*. Según ésta, el mundo está compuesto de una serie de hechos, que pueden ser descompuestos en hechos más simples o atómicos. Esta estructura de la realidad puede ser expresada por el lenguaje porque las proposiciones de éste están estructuradas de la misma forma: las proposiciones se descomponen en proposiciones más básicas o *atómicas*. Por lo tanto, como el lenguaje y la realidad comparten la misma forma lógica, los elementos combinados en la proposición atómica en el lenguaje representan exactamente los objetos del hecho *atómico* en la realidad. Evidentemente, aquí se trata de un lenguaje lógicamente perfecto y no el que utilizamos en el día a día. Para Wittgenstein, éste último se estima como defectuoso pues nos oculta la verdadera estructura del lenguaje y nos conduce a una serie de confusiones conceptuales y gramaticales. Estas son las confusiones ‘de las cuales está llena toda la filosofía’ (TLP 3.324)”. (López Trujillo 2017), 9.

²⁰ Queda pendiente, por motivos temáticos y de extensión, una elucidación de la filosofía de Wittgenstein bajo el esquema propuesto por Pereira Fredes.

punto no será abordada de forma sistemática aquí por escapar a sus objetivos específicos. Veamos ahora qué filósofos permiten entender la obra de Hart como cotidianista.

1.1 La escuela de Oxford

El antecedente filosófico de la primera filosofía analítica es el empirismo británico, que derivó en una reflexión teórica antimetafísica cuando se la aplica al estudio del lenguaje cotidiano. La expresión “escuela de Oxford” hace referencia a la segunda generación de filósofos analíticos, inspirados estos últimos en el segundo Wittgenstein y el tipo de análisis propuesto ya por G.E. Moore²¹. Para ellos el lenguaje es algo que se usa, una forma de acción.

Los filósofos del lenguaje ordinario o de la escuela de Oxford que Hart cita y cuyas ideas aplica a la reflexión sobre lo jurídico son J. L. Austin (1911-1960) y P.F. Strawson. Este diálogo interdisciplinario puede presentarse como *filosofía del lenguaje en el derecho*: dado que el lenguaje es un conjunto de herramientas con las que se hacen cosas, un ejercicio práctico, la estructura lingüística del derecho y su consiguiente esfera teórica no escapan a este aspecto pragmático. Entremos en materia.

Hart reconoce la influencia directa de Austin en su pensamiento, en particular, de su tesis según la que el lenguaje ordinario es *la primera palabra*. El libro más importante de Hart, *El concepto de derecho (The Concept of Law, 1961)*, comienza con discusiones generales o elucidaciones que incorporan neologismos teóricos solo allí donde es estrictamente necesario²². El quehacer del filósofo debe partir con las herramientas que nos otorga el lenguaje ordinario. Esto no es baladí ya que, como hiciera hincapié Pereira Fredes respecto al método de Austin, “Hart al advertirnos que las investigaciones lingüísticas no se reducen al estudio de los significados de los términos, hace suya la intuición austiniana según la cual a partir de las prácticas lingüísticas podemos develar las complejas situaciones sociales que tras ellas subyacen”²³.

²¹ (Moya 2004), 21.

²² De aquí en adelante, *El concepto de derecho* será citado como *CD*.

²³ (E. Pereira Fredes, Tradición analítica de la filosofía del derecho 2015).

Por otro lado, la influencia de Strawson se hace patente al revisar el prólogo con que Hart inaugura su obra más importante:

[e]l jurista verá en este libro un ensayo de teoría jurídica analítica, porque se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del derecho o política [...] Muchas distinciones importantes, que no son inmediatamente obvias, entre tipos de situación de situación social, o relaciones, pueden ser esclarecidas mejor mediante un examen de los usos típicos, de las expresiones relevantes y de la manera en que éstas dependen de un contexto social que a menudo no se expresa.²⁴

Dicha estructura general proviene de la *metafísica descriptiva* propuesta por Strawson en *Individuos. Ensayo de metafísica descriptiva* (1959). Allí se sostiene que la filosofía es una actividad conceptual con intenciones específicamente descriptivas del núcleo sobre el que se articula nuestra comprensión ordinaria del mundo y de nosotros mismos²⁵. Hart aplica esta idea al estudiar el fenómeno jurídico.

Siguiendo el trabajo de Wittgenstein, Strawson prioriza la elucidación por sobre el intento de lograr una definición de los términos basada en la estructura lógica del lenguaje. El concepto de elucidación es introducido en el *Tractatus Logicus Philosophicus*, pero encuentra su aplicación más feliz en las *Investigaciones filosóficas* (1953). En la interpretación de Stroll sobre el primer Wittgenstein, elucidar es *explicar*²⁶. Según este último, la herramienta filosófica por excelencia para tal propósito es la lógica. Para el caso del Wittgenstein de las *Investigaciones*, en cambio, elucidar es describir. En este último libro Wittgenstein es escéptico respecto a concebir una teoría general del lenguaje. Explicar todo el lenguaje sería una tarea reduccionista e imposible.

Pese a compartir la concepción del cotidianismo, las propuestas de Austin y la de Strawson no son equivalentes. Pereira Fredes resume así el contraste entre ellas:

[m]ientras para Austin el estudio del lenguaje ordinario constituye una actividad necesaria y preliminar de la actividad filosófica sin agotarse en aquel, en el pensamiento de Strawson el análisis de nuestros usos lingüísticos *es* la reflexión filosófica para dar cuenta de la estructura de los conceptos más básicos y generales gracias a los cuales se organiza nuestro pensamiento acerca de la realidad²⁷.

²⁴ (Hart, *El concepto de derecho* 1998), xi.

²⁵ Véase (Chica Pérez 2009).

²⁶ (Stroll, *Wittgenstein* 2007), 60. En este pasaje Stroll está comentado *Tractatus* (4.112).

²⁷ (E. Pereira Fredes, *Tradición analítica de la filosofía del derecho* 2015).

El presente bosquejo metafilosófico buscó mostrar que Hart pertenece a la tradición analítica de la filosofía. En particular, a la concepción cotidianista del lenguaje ordinario y su uso como herramienta para el análisis conceptual. Esto resuena con las *Investigaciones* § 98: “nuestro lenguaje ‘está en orden tal como está’”²⁸. Hart recibe indirectamente esta máxima wittgensteniana a través de la escuela de Oxford²⁹.

Como se verá en el siguiente apartado, sus ideas clave están basadas no solo en filósofos del lenguaje sino también en la sociología de Peter Winch. Este autor, tomando la idea de normatividad del segundo Wittgenstein, introdujo la perspectiva interna comunitaria en la reflexión sociológica³⁰. Volveré sobre ella en la siguiente sección. Resta entonces, antes de presentar las distinciones hartianas centrales, una elucidación de la relación entre Wittgenstein, Winch y Hart.

2. El aspecto social del lenguaje normativo: Wittgenstein y Winch

Hart no es un autor wittgensteniano, pero su proyecto se encuentra doblemente arraigado en su filosofía³¹. Ya nos detuvimos en el aspecto analítico o conceptual de la filosofía de Hart que pone el énfasis en cómo *son usadas* las expresiones y su provecho filosófico. Sin embargo, como él mismo indicó, su teoría jurídica también importa una sociología descriptiva. En sus palabras sobre *CD*: “[a] pesar de su preocupación por el análisis, el libro puede también ser considerado un ensayo de sociología descriptiva; porque la sugestión de que las investigaciones sobre los significados de las palabras simplemente arrojan luz sobre éstas, es falsa”³². Dicho significado proviene de su uso, esto es, de una práctica social que puede ser estudiada.

Para la sociología cobra relevancia, entonces, la introducción de la perspectiva interna propia de los individuos cuyo comportamiento busca ser explicado. Poner el acento en el aspecto normativo del derecho, luego, requiere la distinción entre el punto de vista interno y el punto de

²⁸ (Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas* 1988), § 98.

²⁹ Tomo prestada esta idea de (Figueroa Rubio, *Reglas sociales, formas de vida y juegos de lenguaje* 2014), con los matices del caso.

³⁰ (Millaleo Hernández 2014)

³¹ (Figueroa Rubio, *Reglas sociales, formas de vida y juegos de lenguaje* 2014), 224. Hart no sería directamente wittgensteniano ya que sus influencias más directas son J.L. Austin, F. Waisman y P. Winch, sin perjuicio de poder leer sus ideas desde Wittgenstein.

³² *CD*, xi.

vista externo. En lo que sigue, comparto la interpretación de Narváez Mora, Figueroa Rubio y Salvador Millaleo Hernández sobre Peter Winch y cómo su sociología de inspiración wittgensteniana influenció el corazón de *CD*. Para esto, revisemos primero al Wittgenstein de las *Investigaciones filosóficas*.

2.1 Seguir una regla según Wittgenstein

Además de ser un fundador de la filosofía analítica y una figura que transitó del cientificismo al cotidianismo, Wittgenstein es crucial en este ensayo también por otros motivos³³. Sus reflexiones sobre la normatividad permiten entender mejor el aspecto interno de las reglas introducido por Hart en respuesta al modelo imperativo de Austin y Bentham que reducía la explicación del derecho al mero mandato de obediencia al soberano, respaldado por amenazas³⁴.

La literatura secundaria ha distinguido un primer, un segundo y hasta un tercer Wittgenstein (dada la peculiaridad de su pensamiento en “On Certainty”)³⁵. Para los propósitos de esta tesis nos concentraremos en nociones particulares desprendidas del así llamado segundo Wittgenstein en las *Investigaciones filosóficas*: su crítica (no explícita, pero radical) de la concepción cientificista del lenguaje. Según esta última el propósito central del lenguaje es nombrar y describir³⁶. Para Wittgenstein, en cambio, el lenguaje es como una caja de herramientas que sirven para una variedad de propósitos, y no tiene un núcleo o esencia más que ese, el ser plural³⁷. Si un lenguaje refleja una forma de vida, donde las tareas necesariamente son múltiples, su pluralidad es inescapable. No obstante, para comprender mejor el entendimiento de la normatividad en Wittgenstein haré una breve digresión sobre el mundo normativo y el mundo psicológico.

³³ Para Moya “Wittgenstein se vio llevado así a revisar drásticamente su concepción anterior del lenguaje, el pensamiento y la realidad”; “Comprender una proposición como «a es rojo» exige comprender otras proposiciones sobre colores. Así, la unidad mínima del sentido no es una proposición, sino sistemas enteros de proposiciones” (Moya 2004), 20.

³⁴ (J. Austin 1832), 1.

³⁵ (Stroll, Wittgenstein 2007), 121 y ss.

³⁶ (P. Hacker 2009).

³⁷ (Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas* 1988), §18.

El nacimiento de la filosofía analítica distingue entre ambas dimensiones. Para Frege, Pierce y Ramsey las leyes de la lógica son *normativas*, pese a que utilicen esta expresión en un sentido muy diverso al que estaba pensando Wittgenstein³⁸. Contra la intuición humeana, lo normativo forma parte de un terreno de la realidad humana que no es meramente empírico. Si el fundamento último de la realidad es lo material, entonces la moral, la religión, las ciencias sociales y la política no podrá ser otra cosa que la mera proyección de emociones y sentimientos individuales de los sujetos que las practican. Para Hacker, según interpreta Pereira Fredes, “el empirismo británico consistió en una forma psicológica de filosofía analítica que intentaba analizar las ideas complejas en sus componentes simples con miras de explicar el origen y los límites de nuestro conocimiento. La descomposición de la filosofía analítica del siglo XX se distinguiría desde sus orígenes por su orientación no psicológica³⁹. El psicologismo sería una versión anterior del cientificismo. Dicho esto, revisemos la concepción de la normatividad para Wittgenstein, el terreno intermedio entre la realidad material y la mera subjetividad individual⁴⁰.

Según las *Investigaciones* seguir una regla es una práctica, algo que solo puede nacer en una comunidad⁴¹. Así lo muestra Wittgenstein en su argumento por reducción al absurdo en contra de la posibilidad de un lenguaje privado⁴². Una regla no puede surgir de un estado mental individual, ya que su efectividad es demostrada mediante el uso, cuya accesibilidad es pública. Un antecedente de esta idea es la versión fregeana del conocimiento que rechaza el psicologismo de Locke para una teoría sobre el lenguaje. Según Frege:

[u]n pintor, un jinete y un zoólogo asociarán probablemente representaciones muy distintas al nombre ‘Bucéfalo’. Por eso se diferencia la representación esencialmente del sentido de un signo, el cual puede ser propiedad común de muchos y que, por tanto, no es parte o modo de la

³⁸ (P. Hacker 2009) Para los primeros las leyes de la lógica son necesarias, mientras que para Wittgenstein lo normativo es contingente.

³⁹ (E. Pereira Fredes, Tradición analítica de la filosofía del derecho 2015).

⁴⁰ He aquí otra influencia de Frege, ahora sobre el segundo Wittgenstein, la idea de que el lenguaje es necesariamente público: “Sin embargo, él pudo haber querido comunicar algo a los demás. Y no puede comunicar un pensamiento que sólo él pueda captar. Por lo tanto, cuando dice: “yo he sido herido”, tiene que usar ese “yo” en un sentido que sea susceptible de ser captado también por los demás, por ejemplo, en el sentido de “el que en este momento les habla”, con lo cual se sirve de las circunstancias concomitantes de su emisión para la expresión del pensamiento” (Frege, El pensamiento: una investigación lógica 1996).

⁴¹ (Wittgenstein, Investigaciones filosóficas 1988), § 202. La crítica la posibilidad de un lenguaje privado se encuentra en los § 243 y ss.

⁴² (Wittgenstein, Investigaciones filosóficas 1988), § 258 y § 260. Se desprende de ellos que no sería posible, en un lenguaje privado, distinguir entre *me parece* correcto y *correcto*.

mente individual; pues ciertamente no se podrá negar que la Humanidad tiene un tesoro común de pensamientos, que transmite de una generación a otra⁴³.

Vamos por partes. Wittgenstein se pregunta por la relación entre los juegos de lenguaje (o, siguiendo a Stroll, trozos de actividad humana cotidiana que son diferentes entre ellos) y el seguimiento de reglas⁴⁴. Su conclusión es que captar una regla es algo que se hace en la *práctica*⁴⁵. Saber o captar el sentido de una regla no es un proceso psicológico interno sino el desarrollo de una técnica que me permite participar de un juego de lenguaje. Ahora bien, siguiendo la lectura de López Trujillo, esta práctica no puede darse de forma privada por dos motivos. Primero, porque seguir una regla es una costumbre que debe realizarse de forma sostenida⁴⁶. Y segundo, porque no es lo mismo *creer* seguir una regla que seguirla. Esta última es una de las mayores virtudes de esta concepción de la normatividad. En sus palabras:

el seguimiento de una regla no puede reducirse al modo en que un hablante individual interpreta o comprende cierta regla. Por el contrario, el seguimiento de reglas consiste más bien en una actividad, una *técnica*, en la que debemos adiestrarnos y perfeccionarnos. Y para hacer esto debemos prestar atención al funcionamiento del lenguaje en la comunidad, en el juego de lenguaje mismo, en el que estamos insertos, considerando las distintas formas en que allí se siguen reglas y se comprenden palabras. En efecto, es la comunidad, y no nosotros mismos, la que funciona como estándar de corrección de nuestro uso de nuestras expresiones lingüísticas y la que hace posible la idea de atribuirle un significado parecido al nuestro a las expresiones de los demás⁴⁷.

El uso correcto de una regla será medido en virtud del uso habitual que haga de ella la comunidad. Aprender un lenguaje no proviene del capricho individual ya que la justificación del uso de una regla se encontraría, en último término, anclada en la forma de vida a la que pertenece su uso regular. Este es el acuerdo o concordancia en su interior⁴⁸. Al usar una regla mi actuar habitual *concuerta* con el actuar de la comunidad⁴⁹. El criterio de corrección para aquella es independiente del hablante particular.

⁴³ (Frege, Sobre sentido y referencia 1984), 56.

⁴⁴ (Stroll, Wittgenstein 2007). Reparé en esta explicación gracias a López Trujillo que también cita a Stroll.

⁴⁵ (Wittgenstein, Investigaciones filosóficas 1988), §198 “alguien se guía por un indicador de caminos solamente en la medida en que haya un uso estable, una costumbre”.

⁴⁶ “Por lo tanto, el seguimiento de reglas dependería siempre de una cierta *regularidad* en el acuerdo de las respuestas que entregamos a las preguntas sobre el significado de las distintas expresiones de nuestro lenguaje” (López Trujillo 2017), 23 (énfasis mío).

⁴⁷ (López Trujillo 2017), 20-21.

⁴⁸ “La expresión ‘juego de lenguaje’ debe poner de relieve aquí que hablar el lenguaje forma parte de una actividad o de una forma de vida” (Wittgenstein, Investigaciones filosóficas 1988), 23.

⁴⁹ (López Trujillo 2017), 24-25.

Wittgenstein resalta el aspecto normativo del lenguaje, que no es meramente empírico ni individualmente psicológico. Esta potente idea impactó tanto a la filosofía como a la sociología. Nos detendremos brevemente en la influencia sobre esta última y cómo dicha recepción llegó luego a la filosofía de Hart.

2.2 El punto de vista interno en la sociología.

Max Weber (1864-1920) introdujo el aspecto interno de las prácticas comunitarias en la sociología clásica. Sin embargo, para Weber la epistemología de las ciencias sociales recaía en una comprensión individual de la normatividad⁵⁰. Peter Winch, por su parte, en *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy* (1958) combinó la influencia de Weber con la concepción lingüística de la normatividad social acuñada por Wittgenstein. El resultado fue el paso de una comprensión individual de la normatividad en el ámbito sociológico hacia su entendimiento comunitario o social.

En la presentación de Millaleo Hernández sobre Winch, “todo comportamiento significativo es un comportamiento gobernado por reglas”⁵¹. Esto implica no limitar la explicación sociológica a la descripción empírica de la conducta de un grupo social; sino también considerar las reglas que el grupo usa como pauta de conducta. Según Millaleo Hernández “[l]a ventaja con la que contaba la hermenéutica de P. Winch, frente a la idea de comprensión de Weber, era su carácter no psicológico o subjetivo; es decir, contaba con una forma de asignar un estatus objetivo a la interpretación de acciones”⁵². La objetividad que aquí se identifica descansa sobre pilares sociales.

La realidad normativa impregna la conducta humana. Los seres humanos “guían su comportamiento por razones que se representa[n] a sí mismo[s], pero que no pueden ser explicadas causalmente”⁵³. La dificultad lógica de dar cuenta de la conducta social desde el punto de vista interno se debe a que “la única forma en que se puede proporcionar una explicación adecuada del comportamiento de personas que pertenecen a otro mundo de vida es

⁵⁰ (Weber 1956), 423-490.

⁵¹ Peter Winch citado por (Millaleo Hernández 2014), 160.

⁵² (Narváez Mora 2014), 262.

⁵³ (Millaleo Hernández 2014), 161.

accediendo a ese mundo de vida y tomando la perspectiva con la cual ve el mundo la persona cuyo comportamiento es explicado⁵⁴”. Este ejercicio teórico es definitivamente más complejo que la adopción exclusiva del punto de vista externo o causal. Implica, en primer lugar, reconocer o identificar que existen diversos “mundos de vida”, en la expresión de Millaleo Hernández, que pueden no coincidir con el propio porque “aquí reside el verdadero anclaje de la concepción hartiana del punto de vista interno, esto es, en la autonomía del modo de vida en el cual participan aquellos que formulan y aplican sus expectativas normativas”. Esta autonomía llevaría a una consecuencia radical, a saber, la inconmensurabilidad entre formas o modos de vida. Esta es una idea similar presente en el pluralismo de valores de Berlin. Más adelante veremos las consecuencias para propósitos jurídicos de esa tesis, en particular, al explicitar la relación entre derecho y moral. Sin embargo, Millaleo Hernández arroja luces sobre este asunto: “existe una gran diferencia entre el pensamiento de Hart y el Peter Winch, ya que Hart no compartía el relativismo cognitivo de Winch ni consideraba que el científico tenía necesariamente que tomar el punto de vista interno de los miembros del grupo estudiado”⁵⁵.

Con todo, Winch no busca defender una concepción de qué hace deseable a las reglas sociales o jurídicas. En este aspecto, sí se parecería al proyecto descriptivo de Hart. Finalmente, Winch sigue a Wittgenstein cuando este último “muestra que tales normas existen y se conocen explicitando la relación conceptual interna entre hacer algo y hacerlo correctamente”⁵⁶.

A partir de una lectura que vincula a Wittgenstein con Hart a través de la sociología de Winch es posible problematizar desde su pensamiento si acaso el derecho tiene una esencia o naturaleza necesaria. Dejaré pendiente este asunto para el final de la sección sobre Hart.

3. El positivismo “hartiano”

Hart hace coincidir la estructura general del derecho con la del lenguaje. Esto es, solo puede existir cuando sus reglas son usadas de forma generalizada, sostenida y regular. Las reglas jurídicas se caracterizan por el dominio de una técnica. La génesis de esta idea de normatividad es reconducible al segundo Wittgenstein y está presente en la caracterización que Berlin hace

⁵⁴ (Millaleo Hernández 2014), 170.

⁵⁵ (Millaleo Hernández 2014), 168-171.

⁵⁶ (Narváez Mora 2014), 270.

de los valores morales como veremos en el capítulo II. Leslie Green, por su parte, entiende que Hart “teoriza al derecho como una construcción social, pero una que emerge en un ámbito de realidad no construido, que incluye algunas restricciones de la condición humana”⁵⁷.

Las limitaciones que destaca Green tienen que ver con el contenido moral mínimo que hace perdurable al derecho y he aquí la primera relación entre positivismo y pluralismo para los propósitos de la presente argumentación. El antiesencialismo jurídico de Hart estaría limitado de alguna forma por la moral y el derecho tendría, por lo tanto, una estructura identificable más allá de la contingencia que lo caracteriza. Ambas cuestiones son de índole social, pero no por ello relativa. Para Juan Pablo Mañalich Raffo, Hart propone:

una articulación de lo que significa estar obligado por el derecho que tendría que lograr lo que a primera vista parecería imposible, a saber: evitar cualquier compromiso con una sospecha metafísica de la validez jurídica, así como una comprensión psicologista de la noción de obligación, sin conceder la igualmente problemática reducción de la normatividad del derecho a su sola coercitividad (Hart, 1982: 144-147, Raz, 1980: 230-234)⁵⁸.

Presentaré a continuación las principales distinciones que Hart formula en *El concepto de derecho*. Luego analizaré su pertinencia a la luz del problema presentado en la introducción, a saber, la búsqueda del reconocimiento de formas de vivir legítimas y su coordinación al interior del ordenamiento jurídico chileno. Buscaré precisar qué hay de significativo en la teoría hartiana y cómo su pensamiento puede ser complementado de cara a dicho propósito.

3.1 La crítica al modelo imperativo

La filosofía del derecho de Hart surge como una crítica a la así llamada “teoría imperativa”, que reduce el derecho a órdenes respaldadas por amenazas y concibe las reglas como obligatorias exclusivamente por su probabilidad de sanción. Esta es la tesis que criticaré por ser tan insuficiente como innecesaria y a partir de la cual construiré sus principales distinciones sobre lo jurídico.

Para este propósito, Hart presenta primero la concepción sobre el derecho del jurista inglés John Austin (1790-1859) en términos de mandatos y hábitos. Sigo en esto a Dennis Patterson,

⁵⁷ (Green, Reconsiderando El concepto de derecho 2014), 24.

⁵⁸ (Mañalich Raffo 2014), 358.

para quien *CD* está estructurado en dos partes: la primera desarma la teoría imperativa y la segunda articula la noción de que el derecho es un asunto de reglas⁵⁹. El marco conceptual presentado en I.1 permite distinguir entre una concepción cotidianista y una científicista al interior de la filosofía analítica del derecho. No es lo mismo reducir la teoría del derecho al mero sometimiento de los gobernados frente al poder estatal que considerar el uso cotidiano y generalizado de las reglas como pautas para guiar la conducta propia y juzgar la ajena.

Las teorías realistas o científicistas no advierten la necesidad de introducir la distinción entre el punto de vista externo y el punto de vista interno del derecho. La mera observación del comportamiento de los participantes en una práctica social no muestra que los sujetos consideran internamente las reglas jurídicas, en su cotidianidad, como razones para la acción. Tampoco logran dar cuenta de la diferencia entre, por un lado, un mandato jurídico, y por el otro, el asaltante que profiere también *órdenes respaldadas por amenazas*. Según Hart, un mandato se encuentra más cerca de la idea de derecho que las amenazas del asaltante, pero este sigue siendo un entendimiento precario. Cuando un asaltante amenaza a su víctima, no hay sino una brevísima relación coercitiva. Por el contrario, las normas jurídicas exhiben en grado preeminente la característica de permanencia o persistencia. A la creencia general de la probabilidad de castigo en las amenazas, hemos de *agregar* la consideración de este otro hecho: la mayor parte de las órdenes son con mayor frecuencia obedecidas que desobedecidas por sus destinatarios⁶⁰. Las órdenes respaldadas por amenazas, al modo como las utiliza Austin para su explicación del derecho, debieran respetar tal característica para poder ser consideradas como jurídicas. Esta es una dimensión histórica del derecho en la que, para que dicha tesis tenga sentido, debe verificarse el uso sostenido de tales normas jurídicas en el tiempo.

Una descripción general de la crítica de Hart a Austin implica tener en cuenta que la normatividad de las reglas no es reducible a sentimientos psicológicos y va más allá del miedo provocado por la amenaza de un castigo. Recordemos aquí la crítica formulada al psicologismo como antecedente del científicismo. En la sección anterior señalé que la filosofía analítica nació con Frege y con Russell atacando al psicologismo. La consecuencia última del empirismo de David Hume (1711-1776) llevaría a la conclusión de que no existe fundamento alguno para las

⁵⁹ (Patterson 1999), 68.

⁶⁰ *CD*, 29-30.

obligaciones morales, ya que ellas no son más que proyecciones de sentimientos de los individuos a partir de su experiencia emocional. Las reglas sociales, en consecuencia, nacen solo a partir de ideas en la mente de los sujetos. Para el empirismo, por lo pronto, solo un sustrato empírico podría otorgar justificación de cualquier clase.

El análisis de las reglas desde el punto de vista interno o del partícipe de la práctica social comienza cuando éste las usa como guías para conducirse en la vida social: son fundamento para la crítica de las conductas y una razón para la hostilidad⁶¹. Es por esto que el uso de reglas como razones para la acción da cuenta de un espacio normativo que no es individual, sino social. Lo psicológico no coincide con lo normativo. Allí donde hay una práctica social, común, compartida, existen reglas. Usarlas es una capacidad pública y no privada de los seres humanos.

Según Pereira Fredes, en la teoría de Austin “habría una vocación científicista al naturalizar el problema de la normatividad de las reglas en hábitos de obediencia de los súbditos a favor del soberano, reduciendo las distintas reglas pertenecientes a un sistema normativo a la fórmula de las reglas imperativas que establecen obligaciones e imponen sanciones correlativas a su infracción”⁶². Retomemos la crítica hartiana a la teoría imperativa, ahora con mejores herramientas teóricas para entender cómo aborda el concepto de hábito de obediencia cuando se enfrenta a su discontinuidad.

Un hábito puede ser meramente convergente, una coincidencia de hecho. La continuidad del hábito falta si se exige a un nuevo soberano el que sea de manera habitual reconocido como tal, *justamente* porque no ha transcurrido tiempo suficiente para verificarse dicha situación. El derecho no es una mera constatación del miedo, lo que se expresa de múltiples formas. Por ejemplo, es característico del derecho poseer reglas que regulan la sucesión de las autoridades por adelantado, los requisitos para ser legislador y cómo determinar quién lo es⁶³. En una democracia moderna este sistema es complejo, y la legislatura cambia constantemente, pero es continua. Los simples hábitos no dan cuenta de ningún derecho, ni justifican las órdenes ni aseguran el cumplimiento del soberano posterior. En otras palabras, todo este procedimiento explica la sucesión del nuevo soberano mucho mejor y más refinadamente que al considerarlo como un mero hábito que carece de dimensión normativa o interna.

⁶¹ CD, 113.

⁶² (E. Pereira Fredes, Tradición analítica de la filosofía del derecho 2015).

⁶³ CD, 67.

Hart, utilizando análogamente el concepto de juegos de lenguaje de Wittgenstein, explica esta situación con el siguiente ejemplo: en un juego los jugadores observan una actitud crítica y reflexiva en relación con el patrón de conducta: es un criterio o pauta para todo el que practique el juego y se utiliza ahí el amplio campo de lenguaje normativo. El aspecto interno de las normas no es simplemente una cuestión de sentimientos. Es necesario, en cambio, dicha actitud frente a modelos de comportamiento en tanto pautas o criterios de conducta comunes, desplegados en forma de crítica y en el reconocimiento de su justificación (expresado en el uso de un lenguaje de la forma “yo debo”, “deber”, “debería”, “correcto”, “incorrecto”)⁶⁴. Este es el lenguaje normativo, pero, según Figueroa Rubio, la clave no está en el uso de ciertas palabras, sino en que dicho uso se de en un contexto de una práctica determinada, por lo que “un anarquista no solo podría ser abogado, sino que también juez o ciudadano⁶⁵”. O, como prefiere Narváez Mora, “el uso del lenguaje normativo tiene lugar mediante la ejecución de ‘actos de habla’” en la terminología de John Searle⁶⁶.

Como ya se aprecia, para comprender mejor el derecho, la idea de regla resulta central. Las reglas sociales se distinguen de los hábitos grupales⁶⁷. Las primeras son convergencias normativas que se encuentran de alguna forma justificadas y poseen un aspecto interno, aun cuando existan minorías que no las sigan, mientras que los segundos solo son convergencias de hecho cuya constatación sociológica es meramente externa. Analicemos brevemente a continuación el paso del entendimiento de Hart sobre las reglas sociales hacia la distinción crucial entre tipos de reglas jurídicas.

3.2 Reglas primarias y reglas secundarias

Según Patterson, Hart trata de resolver el problema de la normatividad del derecho, esto es, explicar la dimensión evaluativa del lenguaje legal manteniendo la verdad de la tesis de la separación del lenguaje jurídico y del lenguaje moral⁶⁸. Si bien el derecho no consiste solo de hechos, podría distinguirse con claridad de la moral. Para esta tarea, Hart ofrece una

⁶⁴ CD, 72.

⁶⁵ (Figueroa Rubio, Reglas sociales, formas de vida y juegos de lenguaje 2014), 242.

⁶⁶ (Narváez Mora 2014), 253.

⁶⁷ CD, 72.

⁶⁸ (Patterson 1999).

caracterización de las reglas sociales. En la interpretación de Figueroa Rubio “lo propiamente característico de las reglas sociales es que contienen lo que Hart denomina un aspecto interno, este se caracteriza por ciertas relaciones que se dan entre los individuos que las utilizan como tales y apela a cierto componente reflexivo”⁶⁹. Las reglas jurídicas serían una clase especial de reglas sociales que mantienen esta característica esencial.

El concepto de derecho muestra que existe diversidad al interior de las normas jurídicas, y presenta una crítica a la simplificación y distorsión provocada por aquellas teorías que solo consideran *una* clase de normas, a saber, las órdenes. Para Hart, en cambio, las reglas jurídicas son de naturaleza plural. No solo son órdenes respaldadas por amenazas, es decir, obligaciones. En la terminología de Hart estas son las *reglas primarias*, órdenes dirigidas a todos, tanto a quienes las sancionan como a los que no y buscan que los humanos hagan u omitan conductas. Las *reglas secundarias*, por su parte, confieren potestades jurídicas para decidir litigios o legislar (potestades públicas), crear o modificar relaciones jurídicas (potestades privadas)⁷⁰. Son secundarias en relación con las primarias ya que al permitir a los sujetos regulados introducir nuevas reglas primarias, haciendo o diciendo ciertas cosas, modifican su ámbito de aplicación y vigencia. También permiten la creación de otras nuevas reglas secundarias. Es por eso que pueden ser, a su vez, clasificadas en reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación⁷¹.

Hart recurre insistentemente al ejemplo de las normas que confieren potestades a los particulares para otorgar testamentos o celebrar contratos como el de contraer matrimonio. En la cultura jurídica occidental diríamos *prima facie* que se trata simplemente de normas de Derecho Privado, pero ciertamente en el ámbito del Derecho Público también se faculta tanto a funcionarios como a usuarios a echar andar la máquina de los procedimientos de la administración estatal y aprovechar sus frutos sin que una explicación satisfactoria de este fenómeno los tenga solo como órdenes. A su vez, en la mayoría de los casos las leyes obligan a los mismos legisladores aun siendo soberanos. La distinción se resume, entonces, entre deberes u obligaciones y potestades o facultades.

⁶⁹ (Figueroa Rubio, Reglas sociales, formas de vida y juegos de lenguaje 2014), 226.

⁷⁰ CD, 120.

⁷¹ CD, 202.

Las ansias del positivismo austriano de asimilar la estructura de todas las normas jurídicas a las del derecho penal lleva a una conclusión reduccionista y errónea. En contra de semejante tesis, Hart cree que las principales funciones del derecho como medio de control social están fuera de los litigios privados o penales⁷². Pese a reconocer el carácter de control social del derecho, los litigios no son sino soluciones a las fallas del sistema. El rasgo central del derecho son las diversas formas en que es usado para controlar, guiar y planear la vida fuera de los tribunales⁷³. La introducción en la sociedad de reglas que habilitan a legisladores para crear y reformar reglas de deber y a jueces para su determinación sería el paso central del mundo pre-jurídico al jurídico.

Ahora bien, ¿tienen las reglas primarias y las secundarias una diferencia de grado o de categoría? Esta pregunta se puede responder, una vez más, echando mano a la noción wittgensteniana de seguir una regla: la mera observación externa llevaría a un reduccionismo propio de la teoría del soberano de Austin y Bentham y el respeto a las normas en virtud del miedo o la coacción⁷⁴. Pero, el punto de vista interno surge en virtud de la concordancia que se encuentra a la base de las prácticas normativas y sociales como el derecho⁷⁵. Este es el escenario que permitiría, en la teoría de Hart, el nacimiento de las reglas secundarias. En tanto se respeten procedimientos por la generalidad de tales participantes, entonces las facultades que se confieren, tales como las del grueso del Derecho Privado, realmente tendrán vigencia.

Habiendo elucidado brevemente la distinción entre tipos de reglas jurídicas, resta abordar la regla de reconocimiento, esto es, la que permite identificar cuáles estándares sociales cuentan como fuentes del derecho⁷⁶. Comprenderla mejor implica profundizar en los, solo esbozados hasta ahora, diversos puntos de vista del derecho que requieren adoptarse para una teoría íntegra sobre el fenómeno jurídico⁷⁷.

⁷² CD, 50.

⁷³ CD, 51.

⁷⁴ (Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals* 1958), 601 y ss.

⁷⁵ Recojo el entendimiento que defiende López Trujillo del concepto de concordancia.

⁷⁶ CD, 33.

⁷⁷ Queda pendiente una elucidación de la distinción entre conductas convergentes (o concomitantes, en término de Green) y convencionales. El uso de estos conceptos por parte de Hart para defender su idea de regla social es criticado por Dworkin.

3.3 Punto de vista interno y punto de vista externo del derecho.

Presentaré ambos puntos de vista del derecho en relación con la idea de una regla de reconocimiento a partir de la crítica de Hart a la tesis según la que la obediencia mayoritaria a las órdenes respaldadas por amenazas habituales y dictadas por el soberano, aquel que habitualmente no obedece a nadie, sea *el* fundamento del derecho, es decir, la condición necesaria y suficiente para la existencia del derecho. A su juicio, la verdadera naturaleza de lo jurídico solo se muestra en una situación social más compleja, ahí donde se utilizan reglas de reconocimiento para la determinación de cuáles sean las reglas primarias de obligación. En último término, según sugiere, no existe *un* fundamento para definir el derecho. Los sistemas jurídicos modernos poseen diversas fuentes. La tarea de reconocimiento es una cuestión compleja y plural. Pese a la situación secundaria en que se encuentran la costumbre y el precedente respecto de la legislación, su calificación o status jurídico no se debe a un “ejercicio tácito de potestad legislativa, sino a la aceptación de una regla de reconocimiento que les acuerda ese lugar independiente, aunque subordinado”⁷⁸. Tal reconocimiento rara vez es explícito, sino que más bien se muestra a través de la manera en que son identificadas por los operadores jurídicos. Así, Hart es de la opinión que “el uso, por los jueces y por otros, de reglas de reconocimiento no expresadas para identificar reglas particulares del sistema es característico del punto de vista interno”⁷⁹.

La caracterización del derecho como unión de reglas primarias y secundarias brinda un mejor entendimiento que el ofrecido por Austin. Pero esto no es suficiente ya que, a la hora de dar cuenta sobre las fuentes, su uso, y finamente, qué sea el derecho, tanto el punto de vista interno como el externo involucrados en las reglas sociales juegan un rol relevante. Es posible ocuparse de estas como observador externo (que no las acepta para sí), pero también tiene sentido adoptar el punto de vista interno que implica la aceptación de las reglas donde el partícipe las ocupa como guía de conducta. El observador externo no hará sino una descripción natural de lo que está midiendo; buscando generalmente predecir sus consecuencias.

Lo que el derecho *dispone*, por el contrario, es un asunto interno. Esto no depende de ser explicitada o no la aceptación de dicha regla de reconocimiento⁸⁰. Un enunciado respecto a la

⁷⁸ CD, 126.

⁷⁹ CD, 127-128.

⁸⁰ (Riffo Elgueta, Explicando el derecho. Pluralismo, prácticas e instituciones jurídicas 2012), 93-101.

validez de una regla jurídica es una cuestión interna que importa decir si satisface los requisitos exigidos por la regla de reconocimiento. Dicho enunciado puede presuponer que un sistema es generalmente eficaz (lo que sería un asunto externo), pero no por eso va a *significar* que el sistema sea generalmente eficaz. El punto de vista externo, en cambio, es descriptivo o causal y puede incluir enunciados del tipo “en Inglaterra reconocen como derecho (...) cualquier cosa sancionada por la Reina en el Parlamento”⁸¹.

Para Hart “los enunciados de validez jurídica de reglas particulares, hechos en la vida cotidiana de un sistema por jueces, abogados o ciudadanos ordinarios, llevan consigo, en verdad, ciertas presuposiciones”⁸². Expresan su punto de vista que es interno, aceptan la regla de reconocimiento del sistema, y muestran la existencia de un ámbito al que no puede acceder una descripción externa del sistema. ¿Cuáles son dichas presuposiciones? Para Hart:

[p]rimero, cuando alguien afirma seriamente la validez de una determinada regla de derecho, por ejemplo, una ley, *usa* una regla de reconocimiento que acepta como adecuada para identificar el derecho. En segundo lugar, ocurre que esta regla de reconocimiento, en términos de la cual aprecia la validez de una ley particular, no solo es aceptada por él, sino que es la regla de reconocimiento efectivamente aceptada y empleada en el funcionamiento general del sistema⁸³.

Esta es, en su teoría, una regla maestra que sirve de fuente a las reglas primarias y las reglas secundarias. Green señala al respecto que:

[t]ratándose de una práctica consuetudinaria de aquellas cuyo rol es identificar y aplicar reglas primarias, la regla de reconocimiento provee los criterios últimos de validez jurídica al determinar qué actos crean derecho. La regla de reconocimiento no es ella misma válida ni inválida; simplemente existe como una cuestión de hecho social o no lo hace. Pero cuando sí existe, y cuando las personas la utilizan como un estándar para evaluar el comportamiento, entonces el lenguaje de la validez y la invalidez toma vida, y nace un sistema jurídico⁸⁴.

¿Será posible afirmar, siguiendo a Wittgenstein, que un contexto donde lo normal es la eficacia generalizada del sistema jurídico se corresponde con una forma de vida que respeta lo que el derecho dispone? Claro que sí. La forma de vida que practica la obediencia al derecho requiere la comprensión de un lenguaje y, por lo tanto, su uso. Esta forma de vida “jurídica”, por ejemplo, puede ser explicada tanto desde el punto de vista interno como externo. Cuando Hart apunta a un criterio de generalidad se refiere a que hay una forma de vida que practica efectivamente la aceptación de este tipo específico de reglas. Si no se usaran, no sería un fenómeno jurídico. Así, una regla de reconocimiento no puede ser válida ni inválida en sentido

⁸¹ CD, 128.

⁸² CD

⁸³ CD, 135.

⁸⁴ (Green, Reconsiderando El concepto de derecho 2014), 27.

natural; solo generalmente aceptada o no. Esto explica quizás las confusiones detrás del desacierto de Hart en llamar “regla” de reconocimiento a una tesis sobre la aceptación de las reglas jurídicas. Paula Gaido considera que “[a]un cuando -bajo el planteo de Hart- un componente subjetivo (la aceptación) es condición necesaria para la existencia de la regla de reconocimiento, la existencia de esta regla es objetiva”⁸⁵. La teoría de Hart es propiamente moderna.

Si bien el punto de vista interno es central, la existencia de la regla de reconocimiento es una cuestión con un aspecto de hecho, externo o empírico. El punto de vista externo responde a la pregunta por el *cómo*, mientras el punto de vista interno permite responder el *porqué* de cierta conducta. Ambos puntos de vista están imbricados. En otras palabras, el fundamento de un sistema jurídico es un conjunto de hechos: su aceptación general, el que nuevamente depende de las múltiples formas en que un grupo social lo haga. Según Hart existe una “oculta complejidad y vaguedad de la afirmación de que en un determinado país o en un cierto grupo social existe un sistema jurídico. Cuando hacemos esta afirmación nos referimos en realidad, en forma comprimida, a muchos hechos sociales heterogéneos, usualmente concomitantes”⁸⁶.

En suma, Hart cree que hay dos condiciones necesarias y suficientes para la existencia de un sistema jurídico: a) que sus reglas deben ser generalmente obedecidas, tanto por los ciudadanos como por los funcionarios del sistema; b) aceptar dichas reglas y usarlas para apreciar de manera crítica las desviaciones que presenta la conducta individual, tarea que sólo los funcionarios deben cumplir de forma necesaria.

Analizaremos ahora un asunto que es propio del lenguaje en general, la *textura abierta*, pero que no escapa del trabajo de los jueces, protagonistas de la actitud específica que Hart exige a quienes deben ver en las reglas del derecho un estándar de crítica y razones que justifican la hostilidad.

⁸⁵ (Gaido 2014), 200.

⁸⁶ CD, 139.

3.4 La textura abierta del derecho.

La textura abierta del lenguaje, idea heredada de Friedrich Waismann, consiste en la falta de certeza respecto del significado exacto de las proposiciones en la zona marginal⁸⁷. Es una característica general del lenguaje humano y propia, por ende, del lenguaje jurídico; el precio que debe pagarse por el uso “de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho”⁸⁸. Esta habilidad es clave ya que la eficacia jurídica descansaría en la capacidad ampliamente difundida de áreas importantes de la vida social para “ver en los actos, cosas y circunstancias particulares, ejemplos de las clasificaciones generales que el derecho efectúa”⁸⁹.

Hart distingue dos formas principales de comunicar pautas generales de conductas. Por un lado, la legislación usa de modo máximo las clasificaciones jurídicas; por el otro, el precedente las usa mínimamente. Esto muestra, a partir de situaciones cotidianas no jurídicas, que el lenguaje tiene límites. Así, “en todos los campos de 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 proporcionar”⁹⁰. Contrasta, también, la comunicación por el ejemplo con la comunicación mediante pautas o criterios generales de conducta. Sin embargo, ambas formas se encuentran finalmente con el mismo límite.

Una forma de abordar este problema consiste en distinguir entre los casos claros y los oscuros, a los que les falta o sobra alguna de las características propias que les otorgan obviedad a los primeros. Las incertidumbres derivadas de dichas limitaciones pueden disminuirse mediante la introducción de cánones de interpretación, que tampoco son infalibles. Por último, ambas formas se asemejan en tanto “el lenguaje general dotado de autoridad en que se expresa una regla sólo puede guiar de una manera incierta, tal como guía un ejemplo”⁹¹. El intérprete de las reglas jurídicas siempre hace una elección entre diversos criterios para terminar, dotado de autoridad, con dicha incertidumbre.

⁸⁷ Véase (Figuroa Rubio, Reglas sociales, formas de vida y juegos de lenguaje 2014), 224 y (Narvéez Mora 2014), 254-257.

⁸⁸ CD, 159.

⁸⁹ CD, 155.

⁹⁰ CD, 157.

⁹¹ CD, 158.

Contra el legalismo, Marcos Andrade Moreno sostiene que “es el hábito de obedecer el que justifica al derecho y a la política y no al revés”⁹². En la fórmula de Hart:

[e]s una característica de la condición humana (y por ello también de la condición de los legisladores) que en todos los casos en que tratamos de regular, en forma no ambigua y por adelantado, alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales, nuestro empeño halla dos obstáculos conectados entre sí. El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos. Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección. Todo podría ser conocido, y por ello mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución para todos los problemas. Este sería un mundo adecuado para la teoría jurídica ‘mecánica’⁹³.

Con la palabra “mecánica” hace referencia al formalismo legal. Por otro lado, allí se muestra el carácter antiesencialista de la teoría jurídica de Hart y la ausencia de algún compromiso determinista respecto a la libertad humana. Si la estructura del derecho coincide con la del lenguaje humano, en consecuencia, al menos desde un punto de vista lingüístico, el propósito general del derecho puede ser indeterminado. Es claro que se trata de un medio de control social, pero ciertamente eso suena más bien a un *medio* que a un *fin* el que, de forma similar a como Max Weber concebía al Estado, será político y contingente: una *chance*⁹⁴. Esta es la forma en que se relacionan de manera más abstracta el proyecto sociológico y el lingüístico de Hart. Qué sea el derecho dependerá, más allá de los elementos centrales compartidos por una estructura común a los sistemas jurídicos, de la forma de vida en que descansa su aceptación.

Retomemos la crítica esbozada recién en la que Hart considera que el formalismo o escepticismo ante las reglas es un vicio que minimiza el rol de la elección al interior de la interpretación jurídica. Su peculiaridad consiste en aferrarse al caso obvio y considerar sus elementos como necesarios y suficientes para cualquier tipo de explicación relacionada, además de aceptar cualquiera sea la consecuencia social derivada de la aplicación formal irrestricta de la regla. Esta rigidez en las clasificaciones “entrará así en conflicto con los propósitos que nos animan a tener o preservar la regla”⁹⁵. Otra distinción relevante que introduce Hart contrapone necesidades sociales: por un lado, la de ciertas reglas que en grandes áreas de conducta pueden

⁹² (Andrade Moreno, La obediencia y los valores: un argumento en contra del fetichismo normativista 2010), 173.

⁹³ CD, 160.

⁹⁴ (Palonen 2011), 105-110.

⁹⁵ CD, 162.

ser aplicadas *por los particulares a sí mismos*; por el otro, dejar abiertas para solución posterior, mediante una decisión oficial, cuestiones muy concretas. La textura abierta del derecho y la imposibilidad de prever el futuro de las conductas humanas nos obligaría a aplicar ésta y otras técnicas jurídicas. Sin embargo:

la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de las aplicaciones de estándares variables, no exigen de aquéllos una nueva valoración de caso a caso. Este hecho saliente en la vida social sigue siendo verdad, aun cuando puedan surgir incertidumbres respecto de la aplicabilidad a un caso concreto de cualquier regla (escrita o comunicada por precedente)⁹⁶.

Esto puede ser conveniente, pero en dicha orientación se aprecia el carácter conservador del derecho y muestra por qué los funcionarios oficiales del derecho deben compartir tales pautas de conducta para que podamos hablar de “derecho”. Los ciudadanos esperan y presuponen que el sistema seguirá funcionando como lo conocen. Con todo, la indeterminación puede leerse de forma pluralista: ella no es sinónimo de inexistencia ni puede servir de fundamento al escepticismo respecto a las reglas, pero tampoco implica relatividad, porque las decisiones judiciales deben fundarse en reglas, pese a admitir más de una respuesta en principio correcta. El mejor argumento de Hart contra los escépticos es el siguiente:

el más importante de estos factores que demuestran que al actuar hemos aplicado una regla es que si nuestra conducta es impugnada estamos dispuestos a justificarla haciendo referencia a aquélla; y el carácter genuino de nuestra aceptación de la regla puede manifestarse no sólo en nuestros reconocimientos y observancia general de ella, antes y después, sino también en nuestra crítica a las desviaciones propias y ajenas. [...] podemos ciertamente concluir que si antes de nuestro ‘impensado’ cumplimiento de la regla se nos hubiera preguntado cuál era la acción correcta y por qué lo era, lo honesto habría sido responder mencionando la regla. Es esa ubicación de nuestra conducta entre tales circunstancias, y no el hecho de que vaya acompañada de un pensamiento explícito en la regla, lo que se necesita para distinguir un acto de genuina observancia de una regla y una acción que simplemente coincide con ella⁹⁷.

Incluso puede criticarse una decisión judicial pese a ser definitiva. Emerge la inquietud entonces sobre el espectro que puede perseguir a la actividad judicial suprema en tanto sea arbitraria y definitiva a la vez. Cuando los jueces crean derecho sobre un caso distinto a todos los anteriores, entonces están consiguiendo que se acepte su autoridad para decidirlos. Este

⁹⁶ CD, 169.

⁹⁷ CD, 174.

asunto es central para que Hart concluya la presente argumentación contra el escepticismo ante las reglas.

Pese a que cuando un tribunal supremo dicta sus fallos como última palabra y una eventual equivocación, en principio, carece de consecuencias al interior del sistema, Hart distingue entre la “definitividad” y la “infalibilidad” de la decisión judicial⁹⁸. Esta forma es adoptada a cierto precio al interior de la práctica jurídica: el deseo de la regulación o corrección versus las decisiones con autoridad definitiva. En suma, que la respuesta o solución que provee el sistema jurídico sea definitiva convive y puede estar en conflicto con su corrección. Hay maneras o técnicas que permiten revisar excepcionalmente fallos definitivos. Un ejemplo de ello en el sistema chileno es el recurso de revisión en material penal regulado en los artículos 473 a 480 del Código Procesal Penal y su equivalente en sede civil presente en los artículos 810 a 816 del Código de Procedimiento Civil, procedentes incluso contra sentencias definitivas firmes y ejecutoriadas. Nuevamente, el criterio de mayoría (entendido mejor, me parece, como anclado a una forma de vida) donde el grueso de los jueces sigue las pautas de conducta que se encuentran suficientemente claras en su núcleo, logran sostener el sistema pese a las aberraciones que puedan cometer los tribunales supremos.

Veremos ahora el último asunto, central en la discusión metodológica al interior de la filosofía del derecho en la tradición analítica, respecto a la relación o conjunto de relaciones entre derecho y moral. Hart concibió su proyecto como general y descriptivo, sin consideraciones evaluativas que luego, como criticaría Ronald Dworkin (1931-2013), parecerán ineludibles.

3.5 Derecho y moral

Habiendo identificado ya el aspecto normativo en su elucidación de lo jurídico, Hart asigna al derecho la función de orientar la conducta mediante tanto reglas como amenazas. La palabra “función” no nos comprometería ni con aprobar ni con rechazar dicha labor, lo que implicaría decir que el derecho tiene un propósito, sin que ello necesariamente acarree una posición moral o que trascienda su actividad. Tampoco es un obstáculo para construir una teoría

⁹⁸ CD, 176 y ss. En la edición inglesa, “Finality” e “Infallibility”. Prefiero traducir “finality” como “definitiva”.

jurídica que ella reconozca la diversidad valorativa propia de los sistemas jurídicos modernos a partir de su *función*, tal como esta tesis propondrá hacia el final. En suma, Hart considera que su filosofía es una descripción del derecho y que no compromete moralmente al teórico⁹⁹.

En este ámbito, Hart sostiene la así llamada tesis de la separabilidad, “la afirmación de que no existen conexiones necesarias entre el derecho y la moral”¹⁰⁰. Esta tesis ha sido blanco de múltiples críticas y dio paso a un extenso debate, todavía vivo, sobre la relación entre derecho y moral. A partir de la formulación de Dworkin, el derecho es una práctica interpretativa donde los jueces toman como un todo coherente la moral social al momento de decidir¹⁰¹. La existencia de los principios jurídicos mostraría que el derecho no podría ser un asunto *exclusivamente* de normas o reglas. Según Patterson:

[e]s central para el positivismo la idea de que el verdadero fundamento de una obligación legal – la fuente de validez para lo que es referido como ‘derecho’ – es un origen. Esta noción, central para el pensamiento de Hobbes y John Austin, es contemporáneamente expresada en la feliz frase de Joseph Raz, la ‘tesis de las fuentes’. Para que una norma sea jurídica, debe ser el caso que se origine en un acto de algún oficial, que posea la autoridad requerida¹⁰².

Ahora bien, para Hart existen múltiples relaciones contingentes entre derecho y moral. La clave del asunto es que “ninguna de estas relaciones se da de manera necesaria”¹⁰³. Para Riffo Elgueta, cuestión que retomaremos en el capítulo III, el riesgo de disociación entre los valores del derecho y los valores de la comunidad explica la búsqueda de Hart de identificar al derecho sin referencia a la moral. Cual sea su contenido en su asunto contingente, con la sola excepción del contenido mínimo de derecho natural¹⁰⁴. Me detendré brevemente en otro ejemplo del antiesencialismo de Hart que ilustra su entendimiento sobre la relación entre derecho y moral.

El concepto de textura abierta del derecho da cuenta del problema de la incertidumbre. ¿Cuál es su relación con la regla de reconocimiento? Este última tiene una fuente fáctica y deriva de la legitimidad jurídica. Esto es curioso porque el hecho empírico de que un sistema sea obedecido depende al menos en parte de su legitimidad en el tiempo. He aquí una nueva relación

⁹⁹ CD, Capítulo IX, 229 y ss.

¹⁰⁰ (Green, El positivismo y la inseparabilidad del derecho y la moral 2010), 217-218.

¹⁰¹ (Riffo Elgueta, Explicando el derecho. Pluralismo, prácticas e instituciones jurídicas 2012), Capítulo IV.

¹⁰² (Patterson 1999), 67. El texto original dice “Central to positivism is the idea that the true ground of legal obligation—the source of validity for what is referred to as ‘law’—is an origin. This notion, central to the thought of Hobbes and John Austin, is contemporarily expressed in Joseph Raz’s felicitous phrase, the ‘sources thesis’. For a norm to be law, it must be the case that it originates in an act of some official, that possesses the requisite authority”.

¹⁰³ (Green, El positivismo y la inseparabilidad del derecho y la moral 2010), 217.

¹⁰⁴ CD, Capítulo IX.

entre la normatividad jurídica con la moral: ambas requieren la persistencia como requisito de existencia. A esto último apuntaba Hart al decir que evitar la textura abierta significa buscar la acción racional, que el mundo sea predecible y explica, a su vez, que los enunciados jurídicos no sean siempre *completos*. No podemos definir qué sea el derecho *de antemano*. La coincidencia de la estructura general del lenguaje con el derecho en la teoría de Hart es evidente y tiene, por este motivo, los mismos límites que el lenguaje.

Finalmente, Hart reconoce que para que el derecho sea una institución social perdurable, debe respetar un contenido moral mínimo. Para Riffo Elgueta es claro que cuando Hart observa el contenido mínimo de derecho natural, que incluye protección contra la violencia y algún tipo de trato igualitario, este “no necesita extenderse más allá de un grupo reducido y no asegura que el sistema que las reglas secundarias hacen posible no sea utilizado para oprimir a algunos, quienes entonces no serán beneficiarios de las soluciones que estas reglas traen, sino sus víctimas”¹⁰⁵. Para Green “si nos tomamos en serio la noción de aceptación en lo más mínimo, debe ser el caso que la aceptación general de la autoridad del derecho sea bastante inusual. Sin embargo, lejos de ser una objeción a la teoría de Hart, esto es una consecuencia de ella¹⁰⁶”. El método descriptivo de Hart permitiría expresar, a diferencia de Finnis y Dworkin, escepticismo respecto al valor moral del derecho¹⁰⁷.

Este ensayo no tiene por propósito revisar la literatura secundaria y el debate nacido con ocasión de la teoría hartiana respecto al presente problema metodológico de la relación entre derecho y moral. Me limito en la presente sección a dar cuenta de la posición de Hart para pasar ahora a interpretaciones generales sobre su obra que nos llevarán, coincidentemente, a revisar cuestiones sobre moral social en el capítulo II. Con todo, en el tercer y último capítulo, se propondrá que el lenguaje introducido por Hart, que ya examinamos, junto a una pendiente elucidación sobre lo humano en cierta posición ética, son herramientas adecuadas para una comprensión fructífera del derecho.

¹⁰⁵ (Riffo Elgueta, A cincuenta años de The Concept Of Law: Hart como naturalista blando 2011), 268.

¹⁰⁶ (Green, Reconsiderando El concepto de derecho 2014), 38.

¹⁰⁷ (Riffo Elgueta, A cincuenta años de The Concept Of Law: Hart como naturalista blando 2011), 268.

4. Interpretaciones y problemas

Abordaré en esta sección las motivaciones teóricas de Hart que se entienden mejor dominando sus propias distinciones y algunas cuestiones epistemológicas para finalmente plantear un aspecto apenas desarrollado de su positivismo: ¿quiénes son los partícipes de un sistema jurídico?

4.1 Naturalismos

Siguiendo a Riffo Elgueta, la teoría de Hart implica una amalgama de dos naturalismos moderados: *à la* Quine y *à la* Strawson, respectivamente. Esto es, dos entendimientos simultáneos y relacionados para la idea de *descripción*. Por un lado, el naturalismo científico moderado, que pone límites al trabajo de la filosofía, reconoce el papel explicativo de la ciencia sin agotarla en la predicción¹⁰⁸. Por el otro, el naturalismo de la metafísica descriptiva insiste en que algunas formas de compromiso humano no pueden ser descartadas por la filosofía como, por ejemplo, la atribución de responsabilidad¹⁰⁹. Más detalles sobre este último naturalismo, en la sección 1.1 sobre la escuela de Oxford.

Brian Leiter, que es criticado con fuerza por Riffo Elgueta, exige que el derecho se alíe epistémicamente con las ciencias sociales que han demostrado mayor poder predictivo¹¹⁰. Sin embargo, predecir no es lo mismo que explicar. Para este último autor es posible dar cuenta de un fenómeno y refinar nuestro conocimiento de él sin estar en condiciones de predecir nada sobre el mismo. Ambos caminos corren por cuerdas separadas y no existe, en rigor, jerarquía epistémica de la predicción por sobre la explicación. En la interpretación de Riffo Elgueta sobre Quine, el naturalismo no renuncia a las pretensiones normativas de la epistemología tradicional.

¹⁰⁸ (Riffo Elgueta, A cincuenta años de The Concept Of Law: Hart como naturalista blando 2011), 265.

¹⁰⁹ (Strawson, Libertad y resentimiento 1995).

¹¹⁰ Como puede apreciarse, esta es una forma de naturalismo duro: “[e]n la medida que el análisis conceptual ayuda, lo hace después de que descubrimos de qué manera cortar las coyunturas causales del mundo social funciona mejor. Sin ese conocimiento empírico, la filosofía no tiene más que intuiciones y palabras, y post-Quine, ahora reconocemos que las intuiciones y las palabras no soportan la carga metafísica o epistemológica que deseamos que la filosofía lleve. Solo la ciencia empírica puede soportar esa carga y, asimismo, solo la filosofía naturalizada, incluyendo la filosofía naturalizada del derecho, pueden aportar conocimiento sobre cómo son realmente las cosas” (Leiter 2001), 13. Traducción de Ernesto Riffo.

Solo renuncia a buscar normas a priori, aun cuando ellas busquen finalmente la predicción¹¹¹.

Ahora bien, en la lectura de Carlos Moya sobre Quine:

la filosofía se distingue de las ciencias por un mayor grado de generalidad en las cuestiones de las que se ocupa, no por contener un tipo de saber cualitativamente distinto del de las ciencias. Quine sostiene esta tesis en el marco de la teoría del conocimiento, defendiendo así la «naturalización» de esta disciplina, pero en realidad la tesis en cuestión supone una concepción naturalizada de la filosofía en general¹¹².

A juicio de Riffo Elgueta, solo la predicción como valor instrumental en el corazón de una filosofía naturalizada permite su justificación científica. El error de esta escuela, sin embargo, consiste en desconocer que existe más de una manera apropiada de hacer ciencia, tal como se enfatizó acerca de la explicación. Orellana Benado denomina a este fenómeno, de forma más general, *arribismo epistemológico*, esto es, la pretensión de acomodar todas las disciplinas bajo el lecho de Procastro del método experimental propio de la física moderna¹¹³.

Sin embargo, el giro naturalista en la filosofía del derecho que defiende Leiter es un enemigo de una sociedad abierta en los términos de Karl Popper. Como indica Pereira Fredes, “[u]na sociedad abierta, piensa Popper, sugiere un tránsito cultural evolutivo sobre el conocimiento acerca del derecho, al formular un dualismo crítico, es decir, reconoce la diferenciación conceptual existente entre el ámbito natural y el ámbito social, así como la distinción entre ambos planos, excluyendo la pertinencia de la asimilación monista”¹¹⁴. Esta es una condición necesaria para criticar al derecho. El pensamiento de Hart es todavía vigente porque, siguiendo a Riffo Elgueta, permite una crítica radical al derecho *en general*.

4.2 ¿Quiénes viven el derecho?

Hart hace coincidir la estructura general o condición de posibilidad del lenguaje con la del derecho, a saber: su uso sostenido o regular. Más que una esencia, hay un conjunto de prácticas que definen el quehacer jurídico y que son, al interior de una estructura compartida por distintos sistemas jurídicos en general, contingentes. Surge, entonces, la siguiente pregunta: ¿cómo cumple el derecho su función de control social mediante la perduración bajo un contenido moral

¹¹¹ (Riffo Elgueta, Explicando el derecho. Pluralismo, prácticas e instituciones jurídicas 2012), Capítulo 3, 52-92.

¹¹² (Moya 2004), 23.

¹¹³ (Orellana Benado, Arribismo epistemológico, ciencia y tecnología 2011).

¹¹⁴ (E. Pereira Fredes, Dos versiones sobre el fenómeno jurídico 2014), 115.

mínimo? Lo hace mediante reglas, cuyo contenido es contingente y objetivo, en el vocabulario de Berlin que veremos en el capítulo II. Sigo en esto la interpretación de Green cuando enfatiza que:

[p]ara Hart, en contraste [con Kelsen], el derecho es una construcción social en dos sentidos del término. Primero, el derecho tiene una historia. Es una institución que no siempre existió, que surgió por razones especiales, y que toma la forma que toma, incluyendo su carácter normativo, solo como resultado de la acción humana. De hecho, el derecho es una construcción social de construcciones sociales, no de hechos brutos sino de hechos institucionales -a saber, reglas constituidas por la práctica social y hechas valer por la presión social. Segundo, el concepto de derecho de Hart que resulta es antiesencialista: aunque existen casos centrales de sistemas jurídicos, y características centrales de esos casos, también existen casos limítrofes y casos analógicos en los cuales aún podemos, sin impropiedad, hablar de derecho. Para Hart, no existe esencia alguna del fenómeno que llamamos 'derecho' y, aunque la teoría jurídica está en lo correcto al esforzarse por entender las características centrales del derecho, conocerlas no nos dará la clave de todas las generalizaciones aceptables acerca de los sistemas jurídicos. No existe esencia alguna del derecho cuya comprensión pueda reemplazar la dura tarea histórica, sociológica, o, si se quiere, genealógica, de *explicar el derecho como fenómeno social* (énfasis mío)¹¹⁵.

Para explicar el derecho no basta con identificar que haya una forma de vida respetuosa de su contenido. Las reglas jurídicas se caracterizan por el dominio de una técnica. Sin embargo, esta tesis general tiene dos matices importantes. Por un lado, la aceptación de las reglas jurídicas como criterios o pautas generales de conducta es exigido por Hart solo a los funcionarios oficiales del derecho y no a la totalidad de quienes se encuentran regulados por un sistema jurídico o, en su propia fórmula: “para que exista una regla social por lo menos algunos tienen que ver en la conducta de que se trata una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo”¹¹⁶. Por el otro lado, el derecho requerirá un contenido mínimo para perdurar que contemple alguna forma de respeto y colaboración. En otras palabras, requerimos una forma de vida que se desenvuelva en el tiempo o cuya expresión histórica, al menos, *trate como valor* la obediencia al derecho para que podamos hablar del fenómeno jurídico¹¹⁷. Siguiendo a Green, me parece que este es un aspecto central en la caracterización de lo jurídico. Hablar sobre el derecho en tanto *fenómeno social* requiere comprender las formas constitutivas de normatividad social, que es un aspecto marginal en la teoría de Hart¹¹⁸.

¹¹⁵ (Green, Reconsiderando El concepto de derecho 2014), 26.

¹¹⁶ CD, 71.

¹¹⁷ La distinción entre *vivir como valores* y *tratar como valores* será explicada en detalle en el capítulo siguiente.

¹¹⁸ (Green, Reconsiderando El concepto de derecho 2014), 36-44.

En el siguiente capítulo presentaré algunas ideas de Isaiah Berlin que influyeron la ética pluralista de Orellana Benado. Sostendré que esta última propuesta es complementaria con el positivismo de Hart. Ambos son lenguajes mínimos para una mejor comprensión del fenómeno jurídico.

Capítulo II

Orellana Benado y las formas de vivir

El pluralismo ético de Orellana Benado pertenece a la familia de los así llamados pluralismos de valores y cumple dos funciones. Por un lado, complementa el positivismo de Hart con una caracterización metafísica de quienes componen el tejido social del que surge la normatividad moral. Por el otro lado, es una teoría que concibe una justificación filosófica para celebrar y resolver la aparente contradicción entre valorar tanto la igualdad como la diversidad humana.

El derecho, según Hart, requiere de un contenido moral mínimo sin el que no podría perdurar. Esta es una relación necesaria entre el derecho y la moral. Sin embargo, todavía se puede distinguir la dimensión institucional de la dimensión práctica o argumentativa del derecho. Habría que precisar, entonces, cuál es la ética para los individuos que son a la vez objeto de regulación tanto jurídica como moral y que permite ser compatibilizada con la criticada tarea identificatoria o general y descriptiva de la que se ocupó Hart.

El escenario marcado por las exigencias de reconocimiento de formas de vivir al interior de la sociedad chilena e incluso a nivel occidental, como adelanté en la introducción, se lee mejor utilizando el lenguaje iusfilosófico de Hart y el lenguaje ético de Orellana Benado. Para presentar el pluralismo de este último autor procederé primero con un esbozo de su principal fuente, la concepción valorativa de Isaiah Berlin.

1. Berlin y la diversidad

Pereira Fredes presenta a Isaiah Berlin como:

quizás el defensor de mayor renombre internacional del pluralismo del siglo XX. Este intelectual, filósofo e historiador nacido en Riga en 1909 y muerto en 1997, formó parte junto a H. L. A. Hart y P. F. Strawson, de un grupo de extraordinarios amigos y colegas de la Universidad de Oxford, que enriquecieron a la tradición analítica de la filosofía, ya sea incorporando a la historia o revitalizando la concepción cotidianista frente al cientificismo dominante¹¹⁹.

¹¹⁹ (E. Pereira Fredes, Isaiah Berlin y P.F. Strawson. Antecedentes del Pluralismo en la Tradición Analítica de la Filosofía 2008), 42.

Una de las premisas básicas que fundamentan las múltiples formas de lo humano y permea toda la filosofía de Berlin es que no existe una naturaleza humana susceptible de ser definida en términos científicos, idea que también será clave en la ética de Orellana Benado. Se trata de un compromiso antiesencialista que puede apreciarse también en la filosofía jurídica de Hart, cuestión que no es de extrañar. Por su parte, P.F. Strawson, resume la influencia de Berlin en el pensamiento de Orellana Benado. Según Strawson:

[1]a clave es el carácter del liberalismo de Berlin: se trata de un liberalismo que es, en su esencia y por encima de todo, pluralista. No hay un valor supremo único que corresponda cultivar a todos. No hay una única forma de vida buena, tal que corresponda a todos esforzarse por vivir de esa manera. Por el contrario, hay una inmensa variedad de ideales, de formas de vida, que pueden presentarse a individuos, o a diferentes grupos de individuos, como los que más corresponde atesorar y seguir. Estas visiones de los fines de la vida humana son distintas y están en conflicto, sin que la reconciliación entre ellas sea posible. Sería absurdo esperarla. Por el contrario, no es absurdo darle la bienvenida a la continuada existencia de la diversidad de formas de vida. Sin ella, la escena humana quedaría muy empobrecida¹²⁰.

Usaré la cita anterior como punto de partida para exponer las ideas fundamentales de Berlin y cómo se evidencia su influencia en Orellana Benado. El liberalismo en Berlin, las formas que puede adoptar la libertad y qué se entiende por forma de vida, son ideas que requerirán alguna precisión. Comenzaré con la de naturaleza humana para Berlin, asunto entrelazado con la concepción de forma de vida del segundo Wittgenstein.

1.1 La naturaleza humana

En su libro *Isaiah Berlin*, John Gray describe el anticientificismo de la concepción de Berlin sobre lo humano:

[n]o es que lo común sea natural y la diferencia artificial o convencional; más bien, la diversidad es la expresión más evidente de la naturaleza del hombre como especie cuya vida se caracteriza por la elección. Ésta es, para Berlin, elección entre bienes que no son sólo distintos y rivales, sino en ocasiones inconmensurables: es la elección radical, no sujeta al gobierno de la razón¹²¹.

Según Berlin, no hay una sustancia o composición compartida única para lo humano. Su teoría es anticientificista ya que define la naturaleza humana sin recurrir ni a la biología ni a un modelo científico, sino que reside en la capacidad de elección. Como el mismo Gray prosigue:

¹²⁰ (Strawson, Introducción 2011), 18.

¹²¹ (Gray 1996), 35.

[e]s, *in extremis*, la elección de una naturaleza en la autocreación de un individuo, o la creación colectiva de una forma de vida. La naturaleza humana no es, para Berlin, algo que exista dentro de nosotros y aguarde su descubrimiento y realización. Es algo inventado, y perpetuamente reinventado, a través de la elección, y es intrínsecamente plural y diversa, no común o universal¹²².

Nuestra diversidad intrínseca impide que exista *un* valor supremo único que sea explicativo del ideal de vida en principio válido para todos. Hacia el final de esta sección retomaremos este último aspecto de los valores.

En Berlin no se trata de defender un liberalismo racionalista donde se prescindiera de la historia de los individuos. Por lo mismo, la palabra “elección” en este contexto “no equivale a decir que sus cambios sean resultado de intenciones premeditadas¹²³”. Al contrario de la Ilustración, para Berlin la autonomía es subsidiaria de la autocreación, esto es, la capacidad de elección entre formas de vida que son contingentes, y que no están a la espera de alcanzar la realización de un único ideal de humanidad. Ahora bien, elegir de manera libre implica saber qué se entiende por libertad. Berlin presenta dos entendimientos diversos de este mismo concepto. A saber, la libertad negativa, a la que adscribe y que defiende; y la libertad positiva, de la que recela y que rechaza. Explicaré someramente ambas a continuación.

1.2 La libertad negativa

Siguiendo a Andrade Moreno, Berlin concibe su pluralismo de valores a partir de sus estudios sobre la filosofía de la historia y el romanticismo, en particular sobre autores rusos¹²⁴. La intuición de Orellana Benado según la que los asuntos humanos o normativos tienen un rango abierto pero acotado de más de una respuesta por igual correcta, digna de respeto, encuentra su antecedente directo en la crítica de Berlin al monismo y la Ilustración¹²⁵. Según la caracterización ofrecida por Berlin, el monismo está profundamente asentado en la mentalidad occidental: los problemas genuinos tendrían una única y exclusiva respuesta correcta derivada de un principio único al que debiera acomodarse toda explicación fidedigna. De la mano del

¹²² (Gray 1996), 35.

¹²³ (Gray 1996), 36.

¹²⁴ (Andrade Moreno, Isaiah Berlin. Historia, Filosofía y Diversidad Valorativa 2010), 76-99.

¹²⁵ Véase (Orellana Benado, Pluralismo 2011).

rechazo al monismo, está tanto el pluralismo de valores como su concepción de la libertad. Nos detendremos en la segunda.

Según Gray, la libertad negativa para Berlin “[e]s más bien *elección entre alternativas u opciones no obstaculizadas por otros*”¹²⁶. Siendo rigurosos, no reside exclusivamente en la capacidad de elegir. Si bien la falta de impedimentos externos para la consecución de tal o cual valor es central, hay una noción aún más básica de libertad. Kant la llama *Willkür*, o capacidad de elección, y se trata de una raíz que comparten la libertad positiva y la libertad negativa. Esta es una forma común para ambos entendimientos de la libertad, pese a que “No obstante, en términos históricos las dos ideas de libertad se han desarrollado de tal manera que hoy vienen a significar valores, bienes o condiciones distintas; tan distintas que, en efecto, con frecuencia son rivales o competidoras en la práctica”¹²⁷. Libertad negativa es libertad *de*¹²⁸. Esto es así al punto de ponderar la autocreación por sobre la autonomía.

La libertad positiva, contrariamente, es libertad *para*¹²⁹. Se trata, esta vez, de las condiciones que permitan el ejercicio de la libertad¹³⁰. En particular, de condiciones materiales o positivas, garantías que hagan creíble la idea de capacidad de elección más allá de la mera ausencia de barreras. Berlin, sin embargo, toma partido por la libertad negativa. En la interpretación de Gray, “la concepción negativa es la más defendible y la más compatible con la preocupación liberal por la diversidad y la tolerancia, en la medida en que en modo alguno se basa en las doctrinas racionalistas y monistas asociadas a la visión positivista”¹³¹. En el liberalismo de Berlin se hace patente su crítica al compatibilismo, esto es, la tesis según la que la verdad del determinismo sería compatible con la verdad del liberalismo. Si nuestros actos se encuentran determinados, entonces la construcción social de la idea de responsabilidad se desmorona. Según Berlin, en la vida moral y política, como la concebimos normalmente, la capacidad de elección posibilita el juicio crítico sobre cursos de acción contrafácticos, es decir, en los que los sujetos hubieran obrado de otra forma. Y, por supuesto, no tendría sentido la idea

¹²⁶ (Gray 1996), 26.

¹²⁷ (Gray 1996), 29.

¹²⁸ (Berlin 1988).

¹²⁹ (Berlin 1988).

¹³⁰ A mi juicio, el concepto de libertad positiva de Berlin coincide con la idea de *filosofía como obediencia* de Humberto Giannini. Por razones de extensión no podré desarrollar esta idea aquí. Véase (Giannini 1997) 13-16.

¹³¹ (Gray 1996), 33.

misma de libertad como, a lo menos, capacidad de elección¹³². Veamos ahora la caracterización de los valores que ofrece Berlin.

1.3 Los valores

Para Berlin los valores son plurales, inconmensurables y objetivos. Esta caracterización lo distancia del relativismo, teoría en la que los valores comparten las dos primeras notas distintivas, pero carecen de objetividad alguna. La introducción de esta última característica, según Andrade Moreno, es el aspecto más sugerente del pluralismo de Berlin¹³³.

La preocupación de Berlin por el nivel más concreto de la existencia humana coincide con la idea de *contingencia*. Los valores se suceden en las sociedades debido a su historicidad, lo que podría parecer una afirmación trivial, pero al verse complementada con sus otras dos características hacen que el pluralismo valorativo de Berlin sea en extremo original. No coincide con el relativismo en tanto que para este último la expresión de los valores son apariencias o incluso meras proyecciones del deseo de satisfacción del placer de cada sujeto en un tiempo y lugar determinado. Para el caso de la inconmensurabilidad, ella debe ser entendida, siguiendo a Gray, “como la incomparabilidad de objetos culturales, actividades, razones para la acción o formas de vida valiosas. En ética una implicación de la inconmensurabilidad es la realidad de una diversidad última de formas incomparables de excelencia o florecimiento humano (y de una diversidad igual de males comparables)”¹³⁴. Veamos ahora cómo su concepción del trabajo del historiador se relaciona con la forma en que las personas en la cotidianidad se comunican y qué implica esto para definir los valores.

Berlin muestra que tanto el razonamiento inductivo como el deductivo descansan sobre la textura general de la experiencia, es decir, sobre el sentido común¹³⁵. Este es el corazón de su ataque contra el concepto de historia científica y nos llevará directamente a la piedra de toque filosófica en el sistema berliniano: las *presuposiciones*¹³⁶. Éstas posibilitan la experiencia, y,

¹³² Un argumento similar es presentado en (Strawson, Libertad y resentimiento 1995).

¹³³ (Andrade Moreno, Isaiah Berlin. Historia, Filosofía y Diversidad Valorativa 2010), Capítulo III.

¹³⁴ (Gray 1996), 73.

¹³⁵ (Andrade Moreno, Isaiah Berlin. Historia, Filosofía y Diversidad Valorativa 2010), 170-182.

¹³⁶ Idea que toma prestada de Robin George Collingwood. Véase (Andrade Moreno, Isaiah Berlin. Historia, Filosofía y Diversidad Valorativa 2010), 182 y ss.

finalmente, la comunicación humana. Para Berlin las presuposiciones son categorías y conceptos básicos de una época o cultura; se las refuta o son destruidas por cambios en la concepción total de un hombre y no a través de la medición empírica. Valga la siguiente comparación: Andrade Moreno, siguiendo la posición tradicional, presenta a Kant como el primero en distinguir entre preguntas sobre hechos y preguntas sobre estructuras en que estos hechos se nos presentan. Para Kant, tales estructuras son necesarias. Para Berlin, en cambio, son presuposiciones, es decir, objetivas, pero no absolutas.¹³⁷ Más adelante explicaré en mayor profundidad este tipo de objetividad. Ahora bien, respecto a la conexión entre historia y ética en Berlin, resulta que los valores humanos son presuposiciones, a las que se accede en un mundo común y público.

Me detendré brevemente en la interpretación de Andrade Moreno del concepto “berliniano” de “el sentido de la realidad” para mostrar su conexión con la crítica al cientificismo aplicado al trabajo historiográfico. Este último suele traducirse en una investigación privada y metódica donde el historiador busca lograr un relato o crónica ideal¹³⁸. La actividad exegética documental muestra el corazón de esta forma de concebir la verdad y se asemeja al entendimiento literario o tomista del conocimiento que, según Orellana Benado, encuentra sus fuentes en dos conjuntos de libros: la Biblia y la obra de Aristóteles¹³⁹. Ahora bien, para refutar esta visión tradicional, Berlin señala que una buena explicación se basa en cuestiones indefinibles, en un tacto u olfato histórico, a partir del que se logra penetrar en el pensamiento y sutilezas del momento estudiado o vivido, dando cuenta del color de la vida, echando mano a la *perspicacia imaginativa*. Tal es el sentido de la realidad. Este no puede ser una teoría, ya que ésta *per se* generaliza. La sensibilidad, en cambio, permite la nutrición vital necesaria. Andrade Moreno sugiere que la explicación científica es *meramente* causal y la que proporciona el lenguaje cotidiano, a diferencia de la anterior, comprende a la causalidad, pero además permite una variedad de explicaciones tales como las explicaciones normativas. En otras palabras, no habría *un* criterio necesario y suficiente para explicar la realidad. La ventaja del sentido común es que lleva aparejado explicaciones de forma naturalmente causales. Ello proviene de la vaguedad y apertura del lenguaje cotidiano allí donde las explicaciones de los

¹³⁷ En la lectura de Orellana Benado, me parece, serían preguntas humanas. Véase (Orellana Benado, Pluralismo 2011).

¹³⁸ (Andrade Moreno, Isaiah Berlin. Historia, Filosofía y Diversidad Valorativa 2010), 170 y ss.

¹³⁹ (Orellana Benado, Raíces judaicas y griegas del entendimiento moderno de ciencia 2011), 217 y ss.

historiadores descansan en correlaciones observadas en la experiencia, es decir, un mínimo lógico común para toda explicación. La conclusión, a propósito de la actividad histórica, es que ella debe ser materialista e idealista a la vez¹⁴⁰. En esto es que difieren la tarea del historiador y la del científico.

Volvamos a la ética. ¿Por qué los valores son objetivos para Berlin? Porque fundamentan el reconocimiento mutuo entre los humanos. Para explicar esto, Andrade Moreno recurre a la distinción de Weinstock entre inconmensurabilidad y objetividad, aunque aquí solo nos detendremos en la segunda¹⁴¹. Esta última característica proviene de que los valores sean presuposiciones o fundamento de la comunicación, es decir, de la inteligibilidad recíproca. Todo este fenómeno se produce gracias a que tenemos valores. Parafraseando a Berlin, reconozco al otro y a mí mismo porque perseguimos fines, que son muchos, pero no infinitos. Los demás, quienes no los persiguen, caen en lo inhumano o insano. Esto derivaría, en último término, en la falta de reconocimiento. Tales planteamientos implican una postura o compromiso ontológico: la naturaleza humana como mundo de valores compartidos es normativa. Los valores son objetivos porque son a la vez un presupuesto y un criterio necesario para interpretar las acciones de los seres humanos. Gracias a ellos, concluyo, podemos ejercer el sentido de la realidad.

Luego de este resumen de las principales distinciones de Berlin para su pluralismo de valores, veamos la “ética del poder” ofrecida por Orellana Benado y su eventual vigencia e influencia en ella.

2. La pregunta fundamental de la ética

A diferencia de Berlin, Orellana Benado sostiene que para la ética es necesaria una presuposición particular sobre lo humano. A saber, un entendimiento puro y formal del concepto de naturaleza humana o bien un nivel igualitario o de abstracción máxima o filosófico en el que hablar sobre lo humano. Sin éste, la idea de ética no tendría sentido. Esta es su tesis central para argumentar a favor del pluralismo y la presentaré en algún detalle enseguida. Para evitar

¹⁴⁰ (Andrade Moreno, Isaiah Berlin. Historia, Filosofía y Diversidad Valorativa 2010), 170 y ss.

¹⁴¹ (Andrade Moreno, Isaiah Berlin. Historia, Filosofía y Diversidad Valorativa 2010).

confusiones, adelanto desde ya que el autor no ofrece ninguna definición taxonómica de características necesarias que hagan a un sujeto caer bajo el concepto de “ser humano”.

En el ensayo “Negociación moral”, Orellana Benado se da a la tarea de responder la que llama “la pregunta fundamental” de la ética en el comienzo del siglo XXI y que fuera formulada por Roberto Torretti así:

¿[s]erá posible establecer un sistema coherente de principios morales y normas de conducta aceptable, al menos en teoría, para todos, en el marco del cual los diversos grupos religiosos y culturales puedan cultivar sus respectivas creencias y valoraciones sin amenazar la libertad de los demás?¹⁴²

Torretti contesta negativamente. Orellana Benado, con optimismo, responde afirmativamente a través de la formulación de la ética del bien poder¹⁴³. Sin haber planteado antes dicha pregunta de manera explícita, las versiones previas de su pluralismo en ética pueden leerse como respuestas a la misma interrogante. La más acabada de ellas es *Pluralismo. Una ética del siglo XXI* (1994) con una *Postdata* redactada diecisiete años después, y que es útil para elucidar su posición. Veamos los argumentos de dicho libro, donde presenta la intuición que permitiría hablar de ética.

2.1 ¿Qué es la filosofía?

Antes de presentar su propuesta ética, Orellana Benado esboza tres respuestas que a su juicio se han formulado frente a la pregunta “¿qué es la filosofía?”: la concepción científicista, la terapéutica, y la argumentativa¹⁴⁴. Algo hemos adelantado sobre las dos primeras en el capítulo I, quizás para contextos distintos. En esta sección nos detendremos solo sobre la última. Ahora bien, en términos metafilosóficos habría que precisar el origen o influencias de esta última, que es la concepción defendida por el autor. La concepción argumentativa aprecia algunos métodos y logros de respuestas anteriores, concibiéndose a sí misma como ejemplo de que posturas opuestas pueden iluminarse mutuamente.

¹⁴² Roberto Torretti citado en (Orellana Benado, *Negociación moral* 2010), 263.

¹⁴³ (Orellana Benado, *Negociación moral* 2010), 264.

¹⁴⁴ (Orellana Benado, *Pluralismo* 2011) 30-42.

La concepción argumentativa de la filosofía hereda de la concepción terapéutica el análisis lingüístico en el uso de conceptos y la preocupación por la adecuación en el lenguaje. Tomando la idea de *uso*, aplica en ética el énfasis en las prácticas para buscar su depuración. Ya veremos esto en la sección siguiente a propósito de la distinción entre *vivir como valores* y *tratar como valores*. La idea de *formas de vida* (que luego reformulará como *formas de vivir*) es tomada del segundo Wittgenstein. Del cientificismo, por otro lado, rescata la idea del descubrimiento o progreso: es mejor nuestro entendimiento de la naturaleza humana hoy en día que cuando se dudó por primera vez si los habitantes originarios de América eran o no humanos¹⁴⁵. También hay herencia en el vocabulario, pero esta vez de la lógica como las palabras “puro” y “formal” que tienen antecedentes en el positivismo lógico en la filosofía analítica.

Adicionalmente en “El analítico renegado” Orellana Benado presenta una interpretación de la obra de Berlin como aún otra respuesta a la pregunta “qué es la filosofía” al interior de la tradición analítica¹⁴⁶. De tal concepción histórica en la tradición analítica rescata la idea de considerar la trayectoria vital de los individuos en tanto pertenecientes a múltiples identidades de forma simultánea, con lazos anclados socialmente y sostenedores de valores que son presuposiciones en tanto garantizan una referencia compartida para fundamentar la comunicación.

Según Orellana Benado “la filosofía, según la concepción argumentativa es *el ejercicio puro de ponerse en el lugar del otro* (énfasis mío)”¹⁴⁷. Conocer la divergencia de posiciones filosóficas (metafísicas y éticas en particular) nos permitiría acceder a lo que somos, a nuestra “naturaleza”. La clave de la práctica filosófica es su naturaleza inconclusa. En sus palabras, “[e]n filosofía, los argumentos más poderosos son los que iluminan y conectan conjuntos en apariencia disjuntos de intuiciones; que inventan, imponen o descubren patrones de orden cada vez más abstracto en la investigación de la naturaleza humana”¹⁴⁸. Las respuestas a los problemas filosóficos provienen de distintas concepciones que pueden llegar a ser mutuamente contradictorias, pero que se necesitan entre ellas para ser formuladas¹⁴⁹. Para Orellana Benado

¹⁴⁵ (Orellana Benado, Pluralismo 2011), 59-68.

¹⁴⁶ (Orellana Benado, El analítico renegado 2011).

¹⁴⁷ (Orellana Benado, Pluralismo 2011), 39.

¹⁴⁸ (Orellana Benado, Pluralismo 2011) 41.

¹⁴⁹ Como me señalara el autor en una conversación, “eso es todo lo que tenemos”. Tampoco debe confundirse esta aclaración como un alegato a favor del relativismo epistemológico, sino que, muy contrariamente, su pluralismo en metafilosofía reconoce que existe más de una manera correcta de practicar la filosofía, exigiendo, entre otras

la filosofía pertenece a la clase de asuntos que responden a preguntas humanas. A diferencia de las empíricas y formales, donde hay solo una respuesta correcta, las respuestas humanas admiten un “rango abierto pero acotado” de respuestas igualmente verdaderas y respetables¹⁵⁰.

Para terminar de explicar lo anterior, me remitiré brevemente a los requisitos mínimos que formula Orellana Benado para que una posición filosófica sea legítima:

[e]n general, cada pregunta humana tiene un rango abierto pero acotado de respuestas que son dignas de ser conocidas, tratadas con respeto o como verdaderas. Su transformación de este rango en el tiempo (que se abra para incluir respuestas inéditas o que se cierre, dejando fuera del mismo respuestas que antes estuvieron en él) permite observar el cambiante rostro de las sociedades en las cuales dicho proceso ocurre, reflejado en el espejo de la filosofía. ¿Por qué son dignas de respeto por igual las respuestas que, en un período dado, pertenecen a dicho rango? Hay cuatro razones. Son por igual inteligibles. Están desarrolladas en grados comparables de extensión. Tienen relaciones de presuposición mutua; es decir, solo podemos entender mejor una de ellas entendiendo mejor las demás. Y, en cuarto lugar, porque están por igual *vivas en la discusión*¹⁵¹.

En un ensayo inédito añade una nueva característica: las respuestas a las preguntas humanas han dado o dan sentido a personas que las viven como verdaderas¹⁵². Terminado este esbozo de su entendimiento pluralista de la verdad en filosofía, vemos la ética que el autor defiende antes de su ensayo “Negociación moral”.

2.2 El concepto puro y formal de la naturaleza humana

Habiendo ya presentado la concepción metafilosófica sobre la que versa la concepción argumentativa, pasemos ahora a la ética pluralista de Orellana Benado. Esta versión descansa en una distinción metafísica dual. A saber, la igualdad representada por el concepto puro y formal de la naturaleza humana, y la diversidad que corresponde a las identidades o formas de vida:

¿[qué] es esta naturaleza humana? No se trata aquí de meras compatibilidades o incompatibilidades genéticas o biológicas que mañana pudiera descubrir la ciencia, o de las afinidades o animadversiones psicológicas, sociales o culturales que revelan a diario la convivencia, la literatura y los viajes, sino de algo muy distinto. Se trata de la unidad inteligible de la naturaleza humana, lo que permite aclarar, hacer plausible e, incluso, en ocasiones, convencer de las intuiciones propias a quienes no las compartían al incorporarse al diálogo

cosas, que en ella se defiendan intuiciones a través de una argumentación que evita tanto satanizar a los proponentes de una posición como, también, sacralizarlos.

¹⁵⁰ (Orellana Benado, Pluralismo 2011) 30 y ss.

¹⁵¹ (Orellana Benado, Negociación moral 2010), 264, nota 2.

¹⁵² El nombre del borrador que consulté era *El judaísmo ortodoxo como hobby*.

filosófico. Al inicio, entonces, cada persona tiene acceso a la naturaleza humana solo desde el punto de vista existencial, valorativo y cultural que le es propio. Pero, en la medida en que se participa del diálogo filosófico cada uno tiene, además, la posibilidad de convertir a los otros en vías de acceso a esa misma naturaleza. El descubrimiento de que otros, que son distintos en lo que es relevante en términos filosóficos (a saber, sus intuiciones metafísicas y éticas), son también, sin embargo, partícipes de la misma naturaleza (a saber, la naturaleza humana), es una condición necesaria tanto del acceso teórico a lo que somos en último término como a lo que, en principio, debemos hacer¹⁵³.

Me parece que la apertura a tal posibilidad de acceso teórico es otra forma de presentar un requisito para ser un prójimo lejano, concepto que desarrollaremos en la siguiente sección. Ahora bien, para argumentar a favor de la necesidad de esta presuposición en la ética, Orellana Benado razona análogamente a la distinción entre sentido y referencia que Gottlob Frege introdujo en la primera generación de la filosofía analítica. Me detendré brevemente aquí.

Para responder a la pregunta sobre qué hace verdaderas a las verdades matemáticas, Frege en su *Conceptografía* (1879) concibió la relación semántica como una conexión directa entre el signo y el objeto por él denotado. Esto implicaba sostener que una modificación en las cualidades químicas del dibujo de la letra “a” en una hoja deberían necesariamente hacer lo suyo con el objeto referido. Como tal argumentación es inconducente, en su famoso ensayo de 1892, “Sobre sentido y referencia”, Frege presenta una nueva solución: pueden existir muchos sentidos diversos para la misma referencia, es decir, puede uno y el mismo objeto darse de múltiples formas¹⁵⁴.

La clave de esta nueva respuesta es el énfasis en el aspecto público del acceso al conocimiento. Los diversos *sentidos* para presentar una misma *referencia* son expresiones cuyo lenguaje y posibilidad de conocimiento son compartidos. Así, por ejemplo, las expresiones “lucero vespertino” y lucero matutino” tienen sentidos distintos, para la misma referencia: el planeta Venus. Así comenzó lo que se conoce como el giro lingüístico en filosofía¹⁵⁵. La solución a los problemas filosóficos debe comenzar por la revisión de la herramienta conceptual básica del análisis: el lenguaje.

Aplicar la distinción entre sentido y referencia a la pregunta “¿quiénes son los seres humanos?” permitiría, siguiendo a Orellana Benado, dirimir el objeto de la ética. Así las cosas,

¹⁵³ (Orellana Benado, Pluralismo 2011), 35-36.

¹⁵⁴ (Frege, Sobre sentido y referencia 1984).

¹⁵⁵ (Dummet 1996).

un entendimiento puro y formal de lo humano no se compromete con ninguna definición específica de cuál sea la esencia humana o las características necesarias de esta naturaleza, más allá del “horizonte de inteligibilidad de la argumentación racional acerca de lo humano, de los debates acerca de lo humano, y de la posibilidad de que unos entendimientos sean mejores y otros peores, dar cuenta de la inteligibilidad de distintas situaciones reales y concretas”¹⁵⁶. Todos ellos serían distintos sentidos para la misma referencia: la naturaleza humana. Contar con un entendimiento puro y formal (o como dirá años después, igualitario o filosófico) acerca de lo humano es un presupuesto necesario de la ética. Las distintas formas en que hablamos (los distintos sentidos o modos de darse de la referencia) acerca de esta referencia (“la naturaleza humana” o bien, “lo humano”) permiten delimitar el objeto que regula la ética. Conocerse a uno mismo sería conocer lo que compartimos con otros.

Para aclarar su postura y salir al paso de sostenidas críticas, Orellana Benado escribe una Postdata donde reformula el “concepto puro y formal de naturaleza humana” como un “entendimiento puro y formal del concepto de naturaleza humana”. En él plantea la pregunta “¿cuáles son estos seres a los que llamamos humanos?”. Allí explica que “el entendimiento filosófico de lo humano, el que es puro y formal, es la presuposición discursiva de todas las demás formas de hablar acerca de lo humano. Lejos de ser novedosa, tengo para mí que la tesis anterior no es sino una reformulación de la conocida propuesta según la cual en filosofía exploramos las relaciones entre los conceptos más generales con los que interpretamos la experiencia, según desfilan sus cambiantes entendimientos en la historia”¹⁵⁷. La supuesta naturaleza humana común y requerida no es más que comprender a los seres humanos en sentido filosófico, donde queda abierta la referencia a características específicas sobre qué requiere un humano para ser tal. Sin embargo, se mantiene la interrogante sobre “¿[c]ómo podremos construir un entendimiento de los seres humanos *en sentido filosófico*? Aquí me limitaré a sugerir que lo básico no está ni en la metafísica, ni en la ciencia biológica, sino que en el concepto relacional de *trato*”¹⁵⁸.

Veamos ahora el siguiente paso, el asunto ya no de la igualdad sino de la diversidad humana en ética. Este autor argumenta que: “[e]l concepto de identidad humana, por contraste,

¹⁵⁶ (Orellana Benado, Pluralismo 2011), 89.

¹⁵⁷ (Orellana Benado, Pluralismo 2011), 85.

¹⁵⁸ (Orellana Benado, Pluralismo 2011), 91.

desempeña el papel opuesto. Se trata de la perspectiva más concreta de la naturaleza humana. Una identidad humana, lo que también puede llamarse una forma de vida, es un conjunto de usos, costumbres o prácticas que, al ser vividas con respeto y reverencia por grupos de individuos, constituye una tradición”¹⁵⁹. En su última formulación, como se verá, la ética del bien poder considera que la forma más concreta de hablar frente a la pertenencia a este concepto de naturaleza humana compartido es el nivel individual. En otras palabras, la diversidad tiene también dos niveles propios: el de abstracción variable y el concreto o individual.

Para Orellana Benado la pregunta inicial de la ética es cómo, en principio, debe vivirse la vida humana¹⁶⁰. Su respuesta es que existen diversas formas de hacerlo bien y solo dos de hacerlo mal: el universalismo y el relativismo. Vamos al detalle:

[l]a respuesta del pluralismo a la pregunta inicial de la ética intenta articular la intuición según la cual el valor es tan absoluto como la diversidad legítima. El argumento que ofrece para avalar dicha intuición descansa sobre la base de dos distinciones. Por un lado, de una distinción metafísica entre la naturaleza humana y las identidades humanas y, por otro lado, de una distinción ética entre vivir como valores y tratar como valores. El pluralismo sostiene que, en principio, todos quienes comparten la naturaleza humana deben vivir de maneras que contribuyan a su progreso moral, esto es, al perfeccionamiento de las costumbres propias y al de las ajenas, que promuevan el encuentro en la diversidad legítima de todos los seres humanos por igual¹⁶¹.

Como sabemos, sería mejor hablar de un *entendimiento* puro y formal del concepto de naturaleza humana. Orellana Benado considera que éste es en sí mismo un valor: “[a]sí, por ejemplo, judíos, cristianos y musulmanes no están, en principio, dispuestos a *tratar* como un valor la costumbre del sacrificio humano ritual. Dicha costumbre ofende el concepto puro de naturaleza humana, *un valor* al que todos los seres humanos deben respeto y reverencia (énfasis mío)”¹⁶².

El paso de *Pluralismo* a “Negociación moral” vuelve menos ambicioso el pluralismo de Orellana Benado. Implica un acotamiento del campo de aplicación de su teoría. No renuncia a una argumentación filosófica o abstracta en que la igualdad humana sea tan valiosa como la

¹⁵⁹ (Orellana Benado, *Pluralismo* 2011), 66.

¹⁶⁰ “La pregunta inicial de la ética es la más humana de todas las preguntas porque pregunta por la naturaleza última de la condición humana, el producto único de la cópula del ser con el deber ser, el límite que comparten la metafísica con la ética, lo cual explica a qué apunta Kant cuando llama a esta última “fundamentación de la metafísica de las costumbres” (Orellana Benado, *Pluralismo* 2011), 47.

¹⁶¹ (Orellana Benado, *Pluralismo* 2011), 59.

¹⁶² (Orellana Benado, *Pluralismo* 2011), 70.

diversidad. Sin embargo, sitúa el problema en un contexto determinado y, pese a responder positivamente la pregunta fundamental de Torretti, el autor señala que no es posible una respuesta afirmativa absoluta. No todos los seres humanos podrían ser prójimos lejanos, los partícipes de su propuesta ética. Andrade Moreno resume las modificaciones de este pluralismo de valores, a saber: “a. la precisión del concepto de naturaleza humana; b. la introducción de la noción de *prójimos lejanos*; c. la introducción de la distinción entre actos, prácticas y costumbres”¹⁶³.

2.3 Los prójimos lejanos

Veamos ahora los argumentos centrales vertidos en “Negociación moral”, los que se entienden mejor manejando las distinciones introducidas en *Pluralismo*. Orellana Benado señala ahora que su ética del bien poder no está dirigida a todos, sino únicamente a quienes quieran concebirse a sí mismos en términos de *prójimos lejanos*. Los prójimos lejanos son únicamente quienes buscan promover el encuentro respetuoso, productivo y festivo en la diversidad legítima¹⁶⁴. En realidad, la respuesta afirmativa que ofrece Orellana Benado a la pregunta fundamental de Torretti no parece una afirmación absoluta. Solo una intuición kantiana según la que el comportamiento moral obedece al sometimiento de las formas de vida al ideal racional del deber podría exigir tal universalidad. La ética del bien poder, a mi juicio, es una opción política conveniente y acorde a las regulaciones jurídicas legítimas que ha engendrado la tradición jurídica occidental. Esto es, allí donde parcelas relevantes de cada sistema jurídico tienden a promover un trato no violento entre identidades humanas que permita el encuentro y la colaboración. Retomaré este asunto en el capítulo III y final de este ensayo.

Tal como se adelantó en *Pluralismo*, Orellana Benado hace descansar su ética en la siguiente afirmación: es preciso distinguir entre *tratar como valores* las prácticas ajenas dignas de respeto y *vivir como valores* las prácticas propias dignas de respeto. *Tratar como valores* nos permite entrar en contacto y compartir con formas de vivir distintas de la propia. Me parece que Orellana Benado hace suya la intuición de Bertrand Russell según la que la búsqueda exitosa de la felicidad se asemeja más al contacto con el mundo exterior que con una introspección

¹⁶³ (Andrade Moreno, Isaiah Berlin. Historia, Filosofía y Diversidad Valorativa 2010), 214.

¹⁶⁴ (Orellana Benado, Negociación moral 2010).

interminable¹⁶⁵. Aún más, la clave epistémica del entendimiento igualitario de lo humano pareciera exigir echar mano de la “triple distinción”¹⁶⁶. Se han dado múltiples respuestas a la pregunta sobre la naturaleza humana, y, por otro lado, la historia ha arrojado y arroja múltiples identidades humanas. Entre la igualdad y la diversidad hay una relación de imbricación mutua. La manera de acceder a lo que somos, siguiendo el entendimiento puro y formal de lo humano, aparece ahí donde simultáneamente respetamos la encarnación particular de esta referencia. En palabras de Orellana Benado:

[e]l pluralismo sostiene que las distintas formas de vida (y, en el seno de ellas, cada uno de sus miembros) deben orientar su conducta hacia el encuentro respetuoso en la diversidad legítima. [...] Así se refinan las costumbres y se converge al encuentro respetuoso en la diversidad legítima. Dicho encuentro permite ilustrarse a todas las formas de vida que constituyen la humanidad, esto es, aproximarse, desde su propia identidad, al concepto puro y formal de naturaleza humana, al tiempo que conocer mejor la identidad propia¹⁶⁷.

Parece decirlo con un eslogan, conocer es respetar. Abordaré primero quiénes son estas personas y luego qué es lo que hacen, según Orellana Benado.

La primera tarea implicaría hablar sobre lo humano en tres niveles distintos. A saber, uno igualitario o filosófico (el equivalente teórico al entendimiento puro y formal del concepto de naturaleza humana); y los dos niveles de la diversidad, a saber, el ámbito de abstracción variable y el nivel concreto o individual. En “Negociación moral” se refina la forma de abordar la aparente contradicción entre la igualdad y la diversidad en sentido teórico. La diversidad es tanto social como individual. A su vez, cada forma de hablar tiene su correlato ya no al nivel del ser sino del hacer. Estos corresponden, respectivamente, a las costumbres, las prácticas y los actos.

El ámbito de abstracción variable es el más atractivo desde el punto de vista teórico. Permite la caracterización de cualquier grupo humano según qué los iguala, lo que puede usarse también para determinar qué es lo que los separa. En la definición de Orellana Benado “[u]so forma de vivir e identidad humana como sinónimos. Entiendo por lo que nombran conjuntos de individuos pasados, presentes y futuros que, con sus prácticas, heredan, generan, mantienen y proyectan la identidad que comparten y que los separa de quienes tienen otras identidades”¹⁶⁸. Con esta definición, de paso, mejoró bastante la que había dado para las identidades o formas

¹⁶⁵ (Russell 2016).

¹⁶⁶ (Orellana Benado, Pluralismo 2011).

¹⁶⁷ (Orellana Benado, Pluralismo 2011), 69.

¹⁶⁸ (Orellana Benado, Negociación moral 2010), 270.

de *vida* que dio antes en *Pluralismo*. El aspecto clave de este ámbito es que permite hablar sobre los sujetos en tanto pertenecientes de forma simultánea a distintas identidades según el propósito perseguido¹⁶⁹. O en una feliz expresión posterior “la identidad personal o individual descansa sobre la intersección de todas las identidades humanas a las que el individuo pertenece y la peculiar combinación histórico+biográfica que resultó de su trayectoria vital”¹⁷⁰. En este ensayo, el propósito principal en que usaremos la distinción será para explicar la diversidad humana en tanto partícipes de un sistema jurídico.

Ahora bien, si la diversidad humana se expresa de distintas maneras y trata de múltiples formas con las identidades diferentes que se rodean y chocan mutuamente, entonces en el trato respetuoso entre formas de vivir hacemos justicia a la variedad que nos presenta la experiencia. Esto admite un paralelo lingüístico: las múltiples relaciones del lenguaje con el mundo no se agotan en el nombrar. Desde el segundo Wittgenstein sabemos que las palabras se usan como herramientas de muchas maneras bajo reglas compartidas socialmente. Para decirlo con el cotidianismo, el significado es su uso. Por ende, la relación entre el signo y el mundo no es directa, se encuentra mediada por su contexto, su publicidad. Frege fue el primero en hacer hincapié a este respecto. El significado de lo que somos se muestra en lo que hacemos. Interpreto que de ahí proviene la correlación entre las maneras de hablar acerca de lo que somos y sobre lo que hacemos.

Con todas las distinciones anteriores Orellana Benado busca hacer justicia a la motivación que explicita en las palabras preliminares de su *Pluralismo*:

[s]olo en un respeto de los derechos individuales que acepta las legítimas diferencias de identidades, intereses, historias y valores, el conjunto de los ciudadanos podrá compartir de manera productiva lo que a todos ellos pertenece y que a todos importa (es decir, lo que los romanos llamaban la *res publica*) y contribuir a su futuro florecer, tanto material como moral o espiritual¹⁷¹.

¹⁶⁹ (Orellana Benado, *Pluralismo y el ocaso de lo normativo* 2015). En la misma conferencia señaló que el respeto a la diversidad se expresa a veces como “un ámbito de mayor igualdad fenomenológica, que me acoge y que comparto solo con algunos de los demás seres humanos en sentido filosófico”.

¹⁷⁰ (Orellana Benado, *Pluralismo y el ocaso de lo normativo* 2015).

¹⁷¹ (Orellana Benado, *Pluralismo* 2011), 17.

3. La proyección del pluralismo al fenómeno jurídico.

Andrade Moreno contrasta el pluralismo de Berlin con el de Orellana Benado. Este último sería uno de segundo orden: pone su énfasis en la ética y en el procedimiento que arroja respuestas para guiar la conducta, teniendo en mente el conflicto y la incompatibilidad de los valores. No me parece una diferencia que impida su tematización. Según Andrade Moreno, Orellana Benado nada dice sobre la pérdida intrínseca en la elección de formas de vida, como pudiera ser, en ejemplo de Berlin, los diversos rumbos que siguen la espontaneidad y la planificación.

El pluralismo de Orellana Benado rescata de forma subyacente el entendimiento de Berlin para la idea de autocreación, pero esta vez con un componente aristotélico *à la Raz*. No solo importa que el sujeto pueda y deba elegir, sino que aun más importante es qué elige¹⁷². Para Orellana Benado, sin embargo, el rango abierto pero acotado de maneras legítimas de vivir resulta amplio. Del monismo, y más atrás en la historia, del judaísmo, cristianismo e islamismo extrae o rescata la idea que, en un sentido, hay una única respuesta correcta a la pregunta por lo humano: una respuesta que es formal y la ética necesita tal presuposición. La misma conclusión se sigue entonces para la canalización del conflicto. El mejor escenario posible nos ofrece privilegiar un consenso formal. De ahí la caracterización de su pluralismo como uno *procedimental*¹⁷³. Para Berlin, el liberalismo es el sistema político que mejor permite alcanzar compromisos públicos que morigeren las consecuencias (la pérdida) inherente al conflicto entre valores plurales. Orellana Benado, dando cuenta de esta necesidad, considera que la doctrina jurídica de los Derechos Humanos es un caso específico del lenguaje de la ética del bien poder o ética para prójimos lejanos¹⁷⁴. Es “la más reciente respuesta jurídica acerca de qué corresponde proteger de lo mucho que todos tenemos en común. Por este motivo, ella constituye un patrimonio valorativo común de toda la humanidad”¹⁷⁵.

Del análisis del pensamiento de Berlin junto al de Orellana Benado se extrae el siguiente desafío para el ámbito jurídico: definir una esfera de no intervención por parte del derecho que garantice la libertad de elección, ajustada a la garantía de que el uso de la fuerza respete no solo

¹⁷² (Gray 1996).

¹⁷³ (Andrade Moreno, Isaiah Berlin. Historia, Filosofía y Diversidad Valorativa 2010).

¹⁷⁴ (Orellana Benado, Negociación moral 2010).

¹⁷⁵ (Orellana Benado, Pluralismo y derechos humanos 2011), 106.

a la élite funcionaria que adopta el punto de vista interno del derecho, sino que a todas las identidades legítimas que son reguladas en su interior. El derecho no tiene razón para exigir justificación del querer propio de cada identidad legítima, esto es, aquellas que más allá de la aparente paradoja entre la igualdad y la diversidad, busquen promover un encuentro respetuoso, productivo y festivo. El querer o la elección libre es el aspecto mínimo del liberalismo; el querer y los deberes deben ser analizados para regular la convivencia al interior de un sistema jurídico; el querer y la inconmensurabilidad de los valores van de la mano. Sin embargo, bajo la filosofía de Berlin, la ausencia de criterios de decisión entre inconmensurables dificultaría reconciliar positivismo y pluralismo.

En las páginas restantes pretendo hacerme cargo de estos problemas y de la compatibilización del positivismo jurídico con, al menos, esta versión del pluralismo de valores. Para abordar los dos sentidos en que el derecho, como reconoce Hart, está relacionado con la moral, el capítulo siguiente y final busca dar aplicación al lenguaje que hemos elucidado en los dos primeros apartados. Tanto por un contenido moral mínimo que lo haga viable como por lo que Dworkin denomina la práctica interpretativa del derecho, la moral social que subyace a las decisiones de los jueces. Presentando el problema de una manera todavía más general, en las palabras de Orellana Benado hay que responder “qué concepción valorativa correspondería abrazar al Estado (lo que pudiera denominarse ‘ética de Estado’ en casos como el chileno, es decir de sociedades que *reconocen igual legitimidad a una diversidad de formas de vida o de identidades humanas* y que buscan gobernarse de manera democrática”¹⁷⁶.

¹⁷⁶ (Orellana Benado, Pluralismo y derechos humanos 2011), 100.

Capítulo III

Los usos morales del derecho

Para una mejor comprensión del derecho en su tensión con la diversidad humana, se requiere una lectura del positivismo “hartiano” complementado con la antropología filosófica de una ética pluralista, en la versión ofrecida por Orellana Benado. El derecho *à la Hart* es un conjunto de prácticas sociales cuya explicación requiere introducir el punto de vista interno de quien participa en los asuntos normativos. Así, la filosofía del derecho permite entender la diversidad intrínseca de lo humano y el valor de consagrar su respeto a nivel jurídico.

¿Tienen los sistemas jurídicos un lenguaje que permite asegurar el así llamado contenido mínimo de derecho natural o, en otras palabras, mejorar su eficiencia y proyección en la promoción del encuentro respetuoso en la diversidad legítima? Si bien la regulación jurídica necesariamente recae sobre el nivel concreto o individual, los ya explicados niveles de abstracción variable e igualitario también son su objeto, y no se agotan en ser meras fuentes de la normatividad social.

Luego de identificar el peligro que reside en la institucionalización de ciertas formas de vivir, la conjunción de ambas teorías busca concebir una ética que emerge desde lo jurídico pretendiendo canalizar el conflicto normativo bajo un acuerdo formal sobre lo humano. El entendimiento de la normatividad wittgensteniana permite dar cuenta del surgimiento social de las reglas a partir de diversas formas de vida, su proyección en el fenómeno jurídico y en la moral.

1. Tensión normativa

El lenguaje, la moral y el derecho son fenómenos normativos distintos que tienen un aspecto en común: la persistencia. Wittgenstein mostró que el lenguaje consiste en el dominio de una técnica, y que un criterio que permita evaluar la corrección de un uso necesita la ocurrencia de más de un evento. Se requiere del transcurso del tiempo, tal como se alcanza la maestría en cualquier arte o juego. A este aspecto histórico en la formación de reglas sociales,

ya sean lingüísticas, morales o jurídicas, le llamo “persistencia normativa” y apelo con él a su aceptación generalizada.

Siguiendo a Orellana Benado, puede caracterizarse a quienes obedecen el derecho como pertenecientes a cierta identidad o forma de vivir. Lo mismo puede decirse de quienes dominan un lenguaje: este es indisociable a su comunidad. Ahora bien, en el caso de la moral es todavía más patente la dimensión histórica de donde provienen las costumbres, prácticas y actos que ligan a quienes se identifican con grupos variables de personas para colaborar o enemistarse de distintas maneras. Lo que ordena sus vidas, otorga sentido y razones para coexistir pertenece a lo que Berlin llama categorías permanentes o semipermanentes y que son variables en la historia. En lo jurídico éste es un aspecto usualmente ignorado, pero fundamental.

Hart revolucionó la filosofía del derecho al situar a las reglas como constitutivas del fenómeno jurídico, pero no se detuvo lo suficiente en la determinación de sus elementos extralegales. La violencia jurídico-estatal pugna con distintos valores sociales en tanto, como bien advirtió, cualquier contenido puede ser derecho siempre que respete un contenido moral mínimo que lo haga perdurable¹⁷⁷. Esto puede leerse en dos sentidos. Por un lado, si una nueva norma jurídica es ilegítima desde el punto de vista de su aceptación social, tenderá a ser desobedecida. Por el otro lado, una serie de medidas oficiales que desincentiven el encuentro respetuoso pueden llegar a provocar la desaparición de esa sociedad. Es propio de las autoridades estatales manejar el conflicto social a partir del contenido o consecuencias morales de las decisiones jurídicas y sus respectivas técnicas legislativas. Cualquier otro proceder es irresponsable e ilegítimo. La caída desde el interior de cualquier imperio, nación o estado contemporáneo puede ser interpretada en estos términos. Recordemos que lo correcto o incorrecto en sentido jurídico depende también de su élite funcionaria y su entendimiento de las categorías que el derecho confecciona.

La persistencia es una condición de posibilidad compartida por el lenguaje, el derecho y la moral. La historia se expresa de forma distinta en cada uno de estos tres ámbitos, pero todos requieren de cierto contenido colaborativo mínimo y continuo. Para identificar a cualquiera de ellos se necesita la existencia prolongada de una forma de vida, con sus respectivos sentidos normativos. Si bien la persistencia permite hacer surgir e implica una forma de vida, no asegura

¹⁷⁷ Véase la sección 3.5 del presente ensayo.

que ésta sea perdurable. Estará en tensión con la “posibilidad normativa” que implica concebir lo jurídico como función en más de un sentido moral. Es decir, en su revisión y en el futuro de sus usos. Las posibles funciones del derecho serán desarrolladas a lo largo de este capítulo.

Una propuesta como la aquí presentada puede ser secuestrada por el conservadurismo. Para que eso no ocurra, hemos visto que el derecho no puede ser un sistema cerrado que pretenda resolver problemas de forma definitiva¹⁷⁸. El derecho debe respetar, por lo tanto, el transcurso histórico de donde vienen los individuos que componen las identidades reguladas en lo jurídico. Ellos son sujetos con pertenencias diversas los que, a su vez, reclaman reconocimiento del derecho.

1.1 El objeto múltiple de la regulación jurídica

El positivismo de Hart complejiza nuestro entendimiento del fenómeno jurídico. Su crítica al positivismo de Austin y Bentham es un gran paso adelante en la filosofía del derecho. Lo jurídico consiste en prácticas normativas regidas por reglas y no en la mera probabilidad de castigos. Haber incorporado indirectamente el entendimiento wittgensteniano de la normatividad a través de la escuela de Oxford y de la sociología de Winch permitió precisar la noción de regla jurídica construyéndola a partir del concepto de regla social con las implicancias lingüísticas que el segundo Wittgenstein advirtió: el criterio de corrección para el aprendizaje de una regla es social o comunitario, además de requerir permanencia y concordancia. Como lo presenta Figueroa Rubio:

la legalidad, a diferencia de la moralidad, no depende de las razones contingentes para actuar (Kant, 1797). Las razones para seguir una norma específica se refieren más bien a su legitimidad, la cual tiene que ver con diversas concepciones compartidas sobre cómo deben ser las normas para que sea plausible seguirlas y usarlas ante los demás. Pero las reglas no dependen de ellas para *existir*, aunque sí, en muchos casos, para *subsistir* (énfasis mío)¹⁷⁹.

La descripción del derecho como un conjunto diverso de prácticas nos lleva a tematizar las formas de vida desde donde nace la normatividad y que permiten el surgimiento de lo jurídico. El derecho como fenómeno social exige una formulación más acabada que la incipiente respuesta presente en *El concepto de derecho* a la siguiente pregunta: ¿cuál es el vínculo entre

¹⁷⁸ Véase la sección 3.4 del presente ensayo.

¹⁷⁹ (Figueroa Rubio, Reglas sociales, formas de vida y juegos de lenguaje 2014), 246.

el positivismo jurídico y una ética que regule esta diversidad de prácticas? Para los lectores de Hart puede haber cierta perplejidad ante el escueto decálogo de principios morales que presenta a propósito de las exigencias mínimas de contenido del derecho¹⁸⁰. Esta relación del derecho con la moral es necesaria. Sin este contenido mínimo, no podría haber permanencia en el tiempo ni ninguna clase de acuerdo para determinar qué cuenta como correcto o incorrecto en sentido jurídico.

Algunas de semejantes prácticas promueven el respeto por la diversidad humana. Hacen esto adoptando una forma de regulación, aunque solo en parte. No afirmo que el derecho y grandes parcelas de lo jurídico nunca sean motores y herramientas de procesos sanguinarios, discriminatorios, injustos o inmorales. Con todo, si nos tomamos en serio el positivismo blando de Green, no cabe sino aceptar que la crítica *general* de un sistema jurídico comienza en el reconocimiento de su diversidad. Esta se expresa en, al menos, dos sentidos. Por un lado, en la variedad de tipos de reglas que lo conforman; por el otro, en las formas de vivir que permiten el surgimiento de lo jurídico y que son, junto a los individuos, su objeto de regulación. En contra de una interpretación regulista de las reglas sociales, la colaboración propia de diversas formas de vivir puede contar como una regla social no explícita. En palabras de Riffo Elgueta, “[e]l punto de Hart es mejor leído, entonces, como afirmando que el derecho cumple su función por medio de reglas (antes que solo por medio de amenazas, por ejemplo)¹⁸¹.

El derecho puede buscar la segregación o separación de las distintas identidades, su confrontación e incluso su extinción. Sin embargo, dentro de la institucionalidad jurídica se siembra y también busca asegurar precisamente lo contrario: el encuentro respetuoso en la diversidad legítima. Como han hecho notar y ha preocupado a positivistas desde hace mucho tiempo, el derecho permite coordinar acciones. Ha permitido también, aunque ineficientemente, la colaboración. Así las cosas, tanto la moral como el derecho pretenden regular el conflicto bajo dicho propósito último.

¹⁸⁰ (Hart, El concepto de derecho 1998), Capítulo VIII.

¹⁸¹ (Riffo Elgueta, Explicando el derecho. Pluralismo, prácticas e instituciones jurídicas 2012), 79.

1.2 Punto de vista interno y formas de vivir

En su filosofía del derecho Hart introdujo la perspectiva interna para la caracterizar la normatividad jurídica. El rasgo sobresaliente del derecho, la unión de reglas primarias de obligación con las reglas secundarias que confieren potestades, no puede ser explicado sin considerar el punto de vista de los participantes de sus prácticas. Este punto de vista es normativo y no psicológico debido a que es el aspecto social el que permite responder a la pregunta por el sentido de las prácticas. Como Pereira Fredes presenta el asunto:

[e]l compromiso de Hart por la diversidad se formuló como una preocupación de las prácticas lingüísticas analizadas bajo el sentido al cual responden a sus partícipes de la práctica jurídica, su diferenciación entre las perspectivas interna y externa que conforman al fenómeno jurídico y, además, el reconocimiento de una diversidad de reglas jurídicas, en cuya virtud las reglas primarias se complementan por las reglas secundarias que confieren potestades a sus destinatarios¹⁸².

La aceptación generalizada de reglas, su seguimiento, y finalmente el aprovechamiento de las facultades o reglas secundarias es un fenómeno que no podría nacer privadamente. Las sociedades no encuentran normatividad en el capricho individual. Las reglas nacen al nivel social, y son utilizadas como guía de conducta y fundamento de la crítica. Quienes las usan las aceptan para sí, por motivos diversos. Más adelante volveré sobre este punto.

Considerar los puntos de vista externo e interno como referencias necesarias para la descripción del derecho sirve tanto a su constatación como a su explicación. El derecho es un fenómeno con un pie en el seguimiento de reglas y otro en el uso de la fuerza. Como diría Weber para referirse al Estado, es quien monopoliza para sí el uso legítimo de la violencia. El símil es evidente: el derecho es violencia regulada. Sin embargo, las pautas de conducta que ofrece el derecho son efectivamente usadas como tales sin referencia a compromiso moral específico alguno. Recordemos que para Hart la moral y el derecho son fenómenos relacionados, pero diferentes.

El positivismo blando no se compromete explícitamente con un proyecto moral, sin perjuicio de reconocer los principios jurídicos o sustantivos que rigen o pueden regir tales prácticas. Como el mismo Orellana Benado presenta el asunto: “[I]a manera más abstracta de conceptualizar el propósito del derecho en relación con una moral para prójimos lejanos es delimitar

¹⁸² (E. Pereira Fredes, Tradición analítica de la filosofía del derecho 2015), 11.

las prácticas que todos nos obligaremos y de forma libre a tratar como valores a la luz de la discusión anterior”¹⁸³. Esto quiere decir, por ejemplo, obligarnos a respetar la diversidad sexual junto a las maneras de vivirlas que, en principio, los individuos deseen practicar.

Orellana Benado, por su parte, propone una ética pluralista que descansa sobre una distinción metafísica entre tres maneras de hablar sobre el fenómeno humano y una distinción ética entre *tratar como valores* y *vivir como valores*. Del nivel más abstracto, pasando por el de abstracción variable y terminando por el más concreto, encontramos las fuentes de la normatividad moral. En su filosofía moral las costumbres de lo humano se expresan en todos los grupos sociales. Las prácticas, por su parte, nacen al interior de grupos más o menos variables, es decir, de mayor o menor igualdad recíproca. El nivel individual comparte únicamente con los otros niveles el ser objeto de regulación moral e incluso, llegado el caso, jurídica.

La caracterización metafísica de lo humano que presenta Orellana Benado recibe el testimonio ahí donde Hart justamente no profundiza respecto de quiénes son los partícipes del conjunto de reglas que conforman al derecho. Busco llamar la atención sobre este punto. A partir de las *Investigaciones* de Wittgenstein es posible concluir que las reglas no pueden seguirse a partir de un solo individuo. La normatividad social y, por consiguiente, la jurídica, necesariamente nacen desde las identidades o formas de vivir. Este marco conceptual permite dar cuenta del reconocimiento y consagración jurídica del ámbito de abstracción variable. Una lectura conjunta de ambos autores debe entender que el derecho de una sociedad moderna permite *tratar como valor* las formas de vivir distintas de la propia.

La ética de Orellana Benado responde a la pregunta “¿quiénes son?” estos seres humanos regulados en su ámbito. Ahora bien, si aplicamos este aparato conceptual al caso jurídico, en el marco del positivismo blando de Hart, podríamos dar un paso adelante en la comprensión del derecho. ¿Por qué? Porque no basta con señalar que las reglas secundarias son las que facultan a quienes con sus actos conforman al derecho. ¿Cuál es la historia, qué es lo que los lleva a seguir el derecho de forma generalizada habiendo descartado ya, como causa última, el miedo a la autoridad? Las prácticas tienen un aspecto de desenvolvimiento en el tiempo. Así como la historia, siguiendo a Berlin, condiciona nuestras categorías permanentes o semipermanentes a

¹⁸³ (Orellana Benado, *Negociación moral* 2010), 279.

través de lo que el derecho dispone no solo se fortalecen o desincentivan prácticas compartidas, con el propósito de influir finalmente sobre los actos, sino que son justamente las identidades las que también resultan mandadas.

Lo anterior no obsta a que la idea de responsabilidad descansa en una epistemología individual (y resultaría muy difícil que fuera distinto). Los sujetos individualmente considerados son el objeto más evidente de la regulación jurídica porque, aun cuando la fuente de la normatividad sea social, el punto de vista interno también reside en cada individuo. Sin embargo, como ya vimos, no son el único objeto del derecho.

Un modelo explicativo que caracterice el fenómeno jurídico como un conjunto de prácticas sin un centro o esencia y donde coexiste una pluralidad de formas de vivir explica satisfactoriamente: 1) el progresivo reconocimiento jurídico de tales identidades; 2) la propuesta hartiana como un caso del lenguaje de la ética pluralista.

2. Positivismos y pluralismos

Las posiciones pluralistas tienen para sí que la realidad humana no es uniforme, ni en sentido metafísico ni en sentido moral; el tejido de la existencia se compone de las identidades y la proyección normativa de ellas. El conjunto de prácticas que constituyen al derecho tampoco es un campo unificado de experiencia. Diversos bienes se transan en el tráfico jurídico, bajo distintos tipos de acuerdos (piense en los contratos innominados), protegiendo esferas específicas de la personalidad de los sujetos, facultando y obligando bajo regímenes que pueden llegar a ser esencialmente distintos.

Riffo Elgueta defiende la tesis que la explicación de los fenómenos sociales (siendo el derecho un buen ejemplo) supone tomar distancia de ellos, sin comprometerse con la comprensión que los participantes de dicho fenómeno tengan¹⁸⁴. Como destaca Green, la descripción no es un enunciado de hecho, implica la selección evaluativa de elementos relevantes. Sin embargo, no requiere estar cargada de juicio moral. En otras palabras “[p]odemos interpretar solo un objeto que podemos identificar”¹⁸⁵. La identificación de Hart

¹⁸⁴ (Riffo Elgueta, Explicando el derecho. Pluralismo, prácticas e instituciones jurídicas 2012).

¹⁸⁵ (Green, Reconsiderando El concepto de derecho 2014), 56-57.

tampoco redundaría en definir el sistema jurídico sino solo en una elucidación conceptual, un álbum¹⁸⁶. He aquí otra relación con el pluralismo: este exige también un distanciamiento respecto de, por un lado, las prácticas que se viven y se tratan con respeto y, por otro lado, sobre qué significa ser humano.

Sin embargo, para explicar la naturaleza del derecho se necesitan enunciados que van más allá de los ámbitos jurídicos, ya sea legal o incluso constitucional. En la fórmula de Hart, se trata de un fenómeno relacionado con la coacción y la moral, pero discernible de ellos. El derecho no tiene una esencia o naturaleza necesaria por lo que no ofrece una definición exhaustiva del fenómeno jurídico, pero los sistemas jurídicos comparten una estructura necesaria. Las respectivas teorías de Hart y Orellana Benado son pesquisas de identificación, mediante, antes que todo, el método de elucidación conceptual tomado de Wittgenstein. Hart se acerca aquí a Kelsen por considerar que el ámbito normativo es distinto del ámbito moral y aún más del psicológico. Pero, por el otro lado, sus teorías se alejan: para Hart la estructura del derecho coincide con las formas generales del lenguaje, y no con la forma del lenguaje científico experimental.

El positivismo de Hart permite identificar cuál es la parcela de la realidad donde se produce la deliberación moral que Dworkin estima necesaria. Una manera de leer la postura de Dworkin, para quien las teorías en filosofía política serían normativas, comprometidas y conceptuales, es bajo una vieja paradoja: si no hay hechos, sino solo interpretaciones: ¿en qué hecho se apoya cada interpretación? Para Rafael Echeverría, por ejemplo, la respuesta es que hay interpretaciones más fundadas que otras¹⁸⁷. Dworkin exige que los jueces ordenen los valores holísticamente, ya que “debemos eliminar el conflicto”¹⁸⁸. ¿Pero es posible concebir la ética en esos términos? Al buscar coherencia, omite un aprendizaje importante desde el pluralismo de valores de Berlin: es absurdo esperar la eliminación del conflicto. De ahí que el derecho y la ética deben administrar el conflicto desde las formas. Lo esencial a la actividad comunitaria o política es su carácter impredecible o abierto: no se puede adelantar el resultado de la historia ni regirse por supuestos parámetros objetivos. Los proyectos científicistas en ética

¹⁸⁶ A mi juicio, otra evidencia de la influencia indirecta de Wittgenstein. Véase (Wittgenstein, Investigaciones filosóficas 1988).

¹⁸⁷ (Echeverría 2003).

¹⁸⁸ (Dworkin, El post scriptum de Hart y el carácter de la filosofía política 2010), 39.

desconocen la pugna constante entre diversos valores y la falta de criterios que definan la disputa de forma definitiva. Desconocer la historia es una estrategia científicista para imponer criterios definitivos en asuntos morales o políticos.

2.1 Razonamiento práctico y pluralismo

Según Hart, quienes siguen al derecho lo hacen por distintos motivos o motivos “prudenciales”¹⁸⁹. Sin embargo, lo hacen. Así, vislumbra la puerta del asunto, pero no profundiza en sus detalles. Los “distintos motivos” a los que hace referencia Hart guardan directa relación con la pertenencia de los partícipes del derecho a sus formas de vivir. *Una* de las formas de vivir que comparten es seguir lo que, en su multiforme variedad, el derecho dispone (recordemos que las identidades se caracterizan por la pertenencia simultánea a un rango indefinido de ellas). De ahí el origen de los distintos motivos prudenciales a los que Hart hace referencia para explicar la conducta jurídica de quienes no revisten autoridad oficial como operadores jurídicos.

El fenómeno de la normatividad social expresada en el uso de pautas de conducta como razón y vara de evaluación y crítica se ancla en una forma de vivir. Para Figueroa Rubio, a propósito de la discusión sobre la reflexividad del lenguaje jurídico, “el lenguaje tiene un rol muy importante por ser el lugar donde se juega nuestra forma de vida conceptualmente mediada, es en él donde prominentemente manifestamos y compartimos nuestro conocimiento y reflexiones ante lo que nos sucede”¹⁹⁰. La posibilidad de una crítica radical del derecho nace al interior de estos grupos que, para decirlo con Orellana Benado, se ubican en un ámbito de abstracción variable, esto es, se organizan o comparten de formas diversas sus lealtades, orígenes, preocupaciones y prejuicios. Para perdurar, un sistema jurídico debe presuponer la verdad de la igualdad humana en términos *puros y formales*. Este es el primer paso para hablar de lo jurídico en la modernidad. El Derecho Privado, a modo de ejemplo e inspirado en la Codificación ilustrada, muestra tal entendimiento de lo humano. Pero esto no es todo. Justamente ahí donde se requiere, su regulación crea y debe crear estatutos especiales y específicos de responsabilidad para los cuales la presuposición de la igualdad muestra ser

¹⁸⁹ (Hart, El concepto de derecho 1998).

¹⁹⁰ (Figueroa Rubio, Reglas sociales, formas de vida y juegos de lenguaje 2014), 243.

verdadera pero insuficiente. También el Derecho del Trabajo; el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entre otros, son ramas del derecho cuyos principios inspiradores disponen concebir tales parcelas en lo jurídico. Usando análogamente la tesis de Hume según la que “(s)iempre que estemos de acuerdo en la sustancia es inútil discutir sobre los términos”¹⁹¹ podemos concluir que para propósitos morales y jurídicos conviene evitar la disputa por la definición taxonómica de lo humano. Defender un entendimiento formal de lo humano permite presentar al derecho en términos de un *escenario sagrado* para el despliegue de la libertad individual¹⁹².

La relación entre la ética, el derecho y el razonamiento práctico es delicada. Para Andrade Moreno, por ejemplo, existen creencias propias de una forma de vida a las que los individuos, más allá de su verdad o falsedad, no están dispuestos a abandonar¹⁹³. A juicio de Gaido, por otro lado, el derecho como valor moral puede no verificarse para los aceptantes de las prácticas jurídicas como prácticas justificatorias¹⁹⁴. Ellas se fundan en el querer, idea muy cercana con la elección *à la* Berlin, porque “apelar al querer permite compartir de una manera razonable dichas creencias, sin exponer a los individuos que las sostienen a aceptar criterios distintos a los de sus propias formas de vida para corroborar su validez”¹⁹⁵. Aquí hay una oportunidad de estimar al derecho como respetuoso de la diversidad en los términos planteados, adoptando una estrategia formal a nivel jurídico y moral.

Quedamos encaminados, entonces, a la pregunta por la consideración individual que alguien pueda tener respecto a su obligación jurídica particular en una circunstancia específica. Según Gaido, Hart adhiere a una versión fragmentaria del razonamiento práctico:

[d]e acuerdo con esta última perspectiva, por el contrario, es posible que coexistan en el discurso práctico razones justificatorias de diferente naturaleza sin jerarquía preestablecida. Para esta visión del razonamiento práctico, sería posible la existencia de conflictos entre razones justificatorias de distinta clase (jurídicas, morales, religiosas, etcétera) susceptibles de ser resueltos de modo diverso. Desde una perspectiva como la de Hart, toda jerarquización entre las diferentes razones justificatorias será relativa al conjunto motivacional subjetivo de cada agente¹⁹⁶.

¹⁹¹ (Hume 2003), 62.

¹⁹² (Orellana Benado, Pluralismo y el ocaso de lo normativo 2015).

¹⁹³ (Andrade Moreno, La obediencia y los valores: un argumento en contra del fetichismo normativista 2010).

¹⁹⁴ (Gaido 2014).

¹⁹⁵ (Andrade Moreno, La obediencia y los valores: un argumento en contra del fetichismo normativista 2010), 178.

¹⁹⁶ (Gaido 2014), 205.

No existe una relación necesaria entre lo que esa persona piense respecto a su obligación y el sentimiento de estar cumpliendo una pauta o criterio social de conducta. El que obedece está lejos de tener que compartir el punto de vista interno que acepta las reglas como pautas o criterios de conducta para todos aquellos a quienes se aplican¹⁹⁷. Esta disociación es una particularidad de los fenómenos normativos, pero que en el caso jurídico se hace mucho más patente debido a su vinculación con la coerción. Que Hart no exija al ciudadano obediente del derecho dicho compromiso abre la puerta a que el punto de vista interno sea plural. El grupo de personas a quienes se aplica el derecho y su opinión respecto de él puede ser totalmente inconsistente a nivel individual¹⁹⁸. En tanto partícipes de la práctica social en que residen las reglas jurídicas, lo que expresen ellos no debe responder a un imperativo lógico de consistencia. Es un punto de vista normativo, distinto del psicológico, que requiere quizás otro tipo de juego de lenguaje, se utilizan en contextos distintos y acarrea diferentes consecuencias. A diferencia de eso, Hart exige a quienes aplican el derecho oficialmente, como los jueces, apreciar las desviaciones a tales reglas como fallas frente a los criterios comunes y públicos que deben compartir. Para Mañalich Raffo:

la actitud favorable a juzgar una performance como correcta es conceptualmente primaria frente al estatus de esa misma performance como correcta. En esto consiste el núcleo del principio de autonomía de las prácticas normativas: “la autoridad de las normas deriva de su reconocimiento” (Brandson, 1994: 50-52); o en la terminología de Hart: de su aceptación bajo la adopción de una actitud crítico-reflexiva¹⁹⁹.

Figueroa Rubio se refiere a este punto señalando que “[e]ntonces, la forma de vida de actuar utilizando reglas se vincula con variados juegos de lenguaje”²⁰⁰. Por mi parte, agregaría que una misma forma de *vivir* podría llegar a incorporar en su interior múltiples razones para obedecer y desobedecer ciertos contenidos moralmente problemáticos del derecho²⁰¹. La caracterización que hace Hart de las reglas sociales hace énfasis en la heteronomía; en Orellana Benado la individualidad se constituye heterónoma y socialmente en tanto pertenece a un rango indefinido de formas de vivir.

¹⁹⁷ (Hart, El concepto de derecho 1998).

¹⁹⁸ Me parece pertinente dejar enunciado el problema aquí, pero escapa con creces a los propósitos de este ensayo.

¹⁹⁹ (Mañalich Raffo 2014), 362.

²⁰⁰ (Figueroa Rubio, Reglas sociales, formas de vida y juegos de lenguaje 2014), 237.

²⁰¹ Es otra forma de leer el ejemplo de Figueroa Rubio a propósito del abogado anarquista. Véase (Figueroa Rubio, Reglas sociales, formas de vida y juegos de lenguaje 2014), 241-243.

2.2 La metodología positivista y sus consecuencias

La filosofía analítica del derecho reciente ha cuestionado la tesis de la separabilidad con la moral. Más allá de las muy extensas discusiones en la literatura secundaria, sus avances se mueven en la dirección de asociar al derecho con los valores que éste promueve. Así, pese a que sus relaciones con valores específicos sean *contingentes*, el derecho pertenece a la clase de cosas que permanentemente está en contacto con la moral. O, como Jeremy Waldron interpreta a Jules Coleman al referirse al positivismo ético:

[s]i el juicio jurídico necesariamente implica un juicio moral, entonces las esperanzas de Hobbes y Bentham y de los intérpretes posteriores quedan desahuciadas: el conflicto no puede reducirse, ni la coordinación facilitada, ni las expectativas estabilizadas, si lo que todo ello supone es una separación plena entre el derecho y la moralidad²⁰².

En este ensayo se ha pretendido argumentar que uno de los valores que el derecho promueve es el pluralismo: la coordinación respetuosa de distintas formas de vivir. El derecho debe ser modificado cuando no logra la realización de este valor. Cualquier otro *uso moral* que se le atribuya y practique requerirá intervención legislativa, ejecutiva y judicial; incluso su revisión al nivel académico y educacional, asunto que no profundizaré aquí.

Hay una intuición en la teoría de Hart que no explicita lo suficiente: está preocupado por distinguir derecho y moral en tanto el primero puede tener el poder suficiente para dissociarse de la moral social²⁰³. En esa tesis subyace la idea de que pueden existir más de una moral involucrada y encontrarse éstas, por tanto, contrapuestas o en tensión. Dworkin, al reducir el derecho a la moral, exige una coherencia que no es posible alcanzar. Esto se debe, como sostiene Riffo Elgueta, a la insuficiente concepción de la verdad que exhibe Dworkin. Interpreto que el bienintencionado proyecto de este último peca de ingenuidad y monismo. La coherencia y la unicidad de la verdad no son la clave de la filosofía política y el derecho. Berlin ya señaló que sería inconducente esperar la resolución del conflicto. Orellana Benado, con más optimismo que Berlin, presenta un procedimiento donde la pluralidad de identidades puede negociar moralmente, pero tampoco espera la resolución del conflicto a partir de la coherencia y una supuesta verdad moral absoluta. El marco mínimo que Orellana Benado ofrece sí adopta la forma de verdades morales que no son absolutas, esto es, que no excluyen la objetividad de los

²⁰² (Waldron 2010), 129.

²⁰³ (Riffo Elgueta, Explicando el derecho. Pluralismo, prácticas e instituciones jurídicas 2012).

valores propios de cada identidad. Con todo, esta dimensión hace compatible la pertenencia de los partícipes en la negociación moral a la regulación propia de un sistema jurídico.

Dworkin se contradice al celebrar la legalidad como valor rector y luego considerar que el derecho no puede disponer en contra de la legalidad: ¿no fue él quien reparó en la existencia de los principios? Al considerar que el valor de la legalidad “insiste en que el poder coactivo de una comunidad política debería ser desplegado en contra de sus ciudadanos solo de acuerdo a estándares establecidos con anticipación a ese despliegue” no está sino volviendo a reducir lo jurídico a las reglas del derecho penal y desconociendo que el derecho orienta la conducta de varias formas, siendo las reglas primarias u obligatorias solo una de ellas²⁰⁴.

Para defender a Hart de la crítica de Dworkin sobre la pretensión de formular una teoría descriptiva, Riffo Elgueta, en la misma línea que el Post Scriptum a *El concepto de derecho*, distingue entre la dimensión práctica y la dimensión institucional²⁰⁵. Hart y Dworkin no estarían debatiendo en el mismo nivel, diagnóstico que comparto: Dworkin está reduciendo el derecho a su práctica argumentativa y Hart pone el énfasis en la dimensión institucional. Esta última puede ser descriptiva o sociológica y es coherente con comprender de forma general al derecho en tanto fenómeno social.

Al abordar las implicancias del pluralismo ético para el derecho y la política, Riffo Elgueta presenta la ambivalente opinión de Hart sobre el derecho y la distinción entre una teoría descriptiva y una evaluativa. Respecto a tal ambivalencia, la consideración moral que tiene Hart sobre el derecho se muestra en opiniones tales como que el derecho requiere la observancia de cierto contenido mínimo para ser una estructura social viable. Con todo, el mismo Hart señala que “[s]in embargo es claro que ni el derecho ni la moralidad aceptada de las sociedades necesitan extender sus protecciones mínimas y beneficios a todos aquellos dentro de su alcance, y con frecuencia no lo han hecho”²⁰⁶. De ello deriva la importancia de la institucionalización que permite la eficacia de las reglas sociales, y la centralidad de los funcionarios que ejercen la práctica jurídica. Así las cosas, Hart estaría siguiendo a Max Weber en el sentido de considerar

²⁰⁴ (Dworkin, *El post scriptum de Hart y el carácter de la filosofía política* 2010), 46-47.

²⁰⁵ (Riffo Elgueta, *Explicando el derecho. Pluralismo, prácticas e instituciones jurídicas* 2012), 132.

²⁰⁶ (Hart, *El concepto de derecho* 1998), 247.

peligrosa pero necesaria a la burocracia²⁰⁷. Riffo Elgueta llama a tal posición *positivismo pesimista*²⁰⁸.

Existiría aquí una afinidad con el pluralismo: el sacrificio de un valor y la satisfacción de otro que significa el paso del mundo pre-jurídico al mundo jurídico. Tal paso acarrearía la satisfacción de los valores que el derecho reclama, en perjuicio de nuestros valores morales. De ahí viene, para Riffo Elgueta, el que Hart busque delimitar constantemente derecho y moral²⁰⁹. Por mi parte, prefiero caracterizar el paso de lo pre-jurídico a lo jurídico, la necesidad de incorporar reglas secundarias en una estructura social compleja, como una manera de favorecer la colaboración entre identidades. La *negociación moral* que impulsa la ética del bien poder requiere, como el lenguaje cotidiano muestra con toda claridad, una disposición a no obtener *todo* lo que se quiere.

El llamado a entender la moral como fenómeno social autónomo y tomar la distancia que posibilita criticar los fenómenos normativos es la base de la metodología hartiana. ¿Por qué para Riffo Elgueta sería análoga la actitud pluralista frente a la diversidad moral con el caso del distanciamiento para la reflexión sobre fenómenos normativos? Mi interpretación es que la actitud pluralista requiere, también, tomar distancia. No es posible la valoración del hecho de la diversidad si no se toma distancia de las formas de vida ajenas y también de las propias.

Riffo Elgueta insiste en que el riesgo de disociación entre derecho y el resto de la comunidad es el que le lleva a Hart querer aislar “positivamente” al derecho, sin exigencias mínimas *a priori* de contenido ético. Así, para poder criticar al derecho es necesario identificarlo sin recurrir a la moral²¹⁰. Para MacCormick, la validez del derecho es un concepto jurisdiccionalmente relativo²¹¹. En el caso de Dworkin el derecho aspira a recoger la moralidad política de la comunidad: su teoría requiere coherencia entre moralidad y derecho y es distinta porque no tendría una actitud favorable hacia la diversidad. En otras palabras, no sería un autor pluralista, justamente porque, según Riffo Elgueta, conviene prescindir de la noción de *verdad* al teorizar sobre las prácticas morales²¹².

²⁰⁷ (Swedberg y Ola 2005).

²⁰⁸ (Riffo Elgueta, Explicando el derecho. Pluralismo, prácticas e instituciones jurídicas 2012).

²⁰⁹ (Riffo Elgueta, Explicando el derecho. Pluralismo, prácticas e instituciones jurídicas 2012).

²¹⁰ (Riffo Elgueta, Explicando el derecho. Pluralismo, prácticas e instituciones jurídicas 2012).

²¹¹ (Patterson 1999), nota 18.

²¹² (Riffo Elgueta, Explicando el derecho. Pluralismo, prácticas e instituciones jurídicas 2012).

2.3 La ética en lo jurídico-estatal

Definir qué sistema jurídico queremos para la identidad que compartimos los ciudadanos chilenos implica entrar a una *negociación moral* entre *prójimos lejanos* que podría llevar a lo que Andrade Moreno exige al pluralismo de Orellana Benado: una pérdida. En tal negociación, que busca fomentar el encuentro respetuoso en la diversidad legítima, no será posible satisfacer simultáneamente todos los valores, ni a nivel moral ni a nivel jurídico. Parece, sin embargo, un precio conveniente de pagar, similar a lo que podríamos entender como el *recipiente vacío* o la idea de la negatividad en Hegel²¹³. Es una manera de combatir el riesgo de institucionalizar la fuerza en lo que Hart estimó como el tránsito del mundo prejurídico al jurídico. Un derecho “desempeorado” evita la coerción, pero el poder ejercido de forma no coercitiva también es motivo de preocupación²¹⁴. Se trata de relacionar la condición lingüística de posibilidad del derecho, a saber, su aceptación regular y generalizada, con su capacidad performativa. Como el mismo Hart definió de forma magistral el acto de legislar: introducir nuevas pautas o criterios de conducta auto-obligatorias en la vida del grupo²¹⁵. Determinar su contenido es una tarea de la ética pluralista. Me detendré ahora, por última vez, en los peligros del derecho.

A juicio de Green, el poder social del derecho requiere ser examinado en sus formas y cómo la legalización de ciertas facultades afecta la distribución del poder en la sociedad. Es un estudio pendiente de la teoría crítica del derecho analizar cuáles de sus formas específicas se oponen al encuentro respetuoso en la diversidad legítima. Hart padecería de exceso de liberalismo cuando no pone énfasis en su pesimismo y al no introducir alguna distinción equivalente al ámbito de abstracción variable, ya que donde exista “una unión de reglas primarias y secundarias”-esto es, *donde sea que haya derecho*- emergen de manera necesaria nuevos riesgos morales²¹⁶. La institucionalización y centralización puede llevar a cabo de manera muy eficiente la consagración de políticas e instrumentos jurídicos de calaña moral imprevisible, “[d]e manera que, para Hart, el único consenso necesario para el derecho es un consenso de élite; esa es una consecuencia directa y potente del hecho de que el derecho es un

²¹³ (Han 2014).

²¹⁴ Tomo la expresión “desempeorado” de Orellana Benado. Se trata de una mejoría en algo que seguirá siendo susceptible de mejoría.

²¹⁵ (Hart, El concepto de derecho 1998).

²¹⁶ (Green, El positivismo y la inseparabilidad del derecho y la moral 2010), 228.

sistema normativo institucionalizado”²¹⁷. Pueden nacer al derecho, entre otras, reglas moralmente cuestionables a propósitos de desigualdades sociales de poder tales como la concentración de la riqueza y la violencia no legitimada. Green prosigue: “Hart no ve mucho peligro de que sus interlocutores infravaloren el derecho y las virtudes de la legalidad. Piensa, en cambio, que las defensas habituales de una conexión necesaria entre el derecho y la moral tienden a *sobrevalorarlas*”²¹⁸. La legalidad es peligrosa, pero podemos ser optimistas respecto a la posibilidad de aprovechar mejor las herramientas, al menos teóricas, con las que contamos para no sobrevalorar dicha conexión. Aprovechar la oportunidad que ofrece ese riesgo es tematizar o criticar el derecho de forma general.

Según la interpretación de Green sobre Hart, “un régimen de consenso general es lo que *precede* a un régimen jurídico. El derecho tiene una relación compleja con las reglas convencionales, consuetudinarias, reconociéndolas parcialmente, y reemplazándolas parcialmente”²¹⁹. En ese mismo artículo afirma que tanto la moralidad social como la costumbre solo evolucionan gradualmente, siendo inmunes al cambio deliberado. Esto es un asunto relevante, ya que, como identifica Andrade Moreno, los hábitos son los verdaderos objetos de la ética²²⁰. Para Green:

[s]i el derecho es una clase funcional, es miembro de la misma clase funcional que, digamos, ‘la costumbre’, ‘la moralidad’ o ‘la religión’. Como vio Kelsen, todos estos sistemas de normas tienen ambiciones o funciones similares; todos pueden, por ejemplo, prohibir el asesinato. Pero pueden distinguirse uno de otro solo por sus *técnicas*. El derecho es, de esta forma, una *clase modal* y no una clase funcional en absoluto; se distingue por sus medios y no por su fin. El valor moral del derecho depende primariamente de los fines para los cuales esos medios se disponen, y eso es una cuestión contingente²²¹.

Palonen, en otro ámbito, sugiere que para Weber “el estado no puede ser formado independientemente de las creencias actuales de las personas históricas, sino solo en una relación sintetizadora con ellos”²²². Como los sociólogos clásicos ya sabían, el fenómeno social estará determinado en su cualidad por las creencias que los sujetos tengan de él.

²¹⁷ (Green, Reconsiderando El concepto de derecho 2014), 39.

²¹⁸ (Green, El positivismo y la inseparabilidad del derecho y la moral 2010), 229.

²¹⁹ (Green, Reconsiderando El concepto de derecho 2014), 38.

²²⁰ (Andrade Moreno, La obediencia y los valores: un argumento en contra del fetichismo normativista 2010)

²²¹ (Green, Reconsiderando El concepto de derecho 2014), 52.

²²² (Palonen 2011), 103. El texto original dice “the state cannot be formed independently of the actual beliefs of historical persons, but only in a synthesizing relationship with them”. La traducción es mía.

Finalmente, Waldron tiene un punto al desarrollar el argumento de Postema según el cual “una tarea iusfilosófica adecuada no puede divorciarse de la consideración del fin, del propósito o de la función de las instituciones del derecho”. Su positivismo normativo pretende ser una lectura de métodos ajenos, así como la ética del bien poder que busca proporcionar un lenguaje abstracto para dar cuenta de diversos casos particulares de la misma intuición como, por ejemplo, los Derechos Humanos en tanto lenguaje para el trato entre prójimos lejanos. Por otro lado, para Green:

incluso los sistemas jurídicos que impiden la supervivencia individual o colectiva por causa de cosas como el consumo inmoderado, la gloria nacional, o la pureza religiosa comparten sin embargo un contenido común: regulan cosas que la sociedad (o sus élites) consideran como asuntos de moral social en los que hay mucho en juego. Si encontramos un sistema normativo que regule solo asuntos de bajo nivel (como juegos o gestos de urbanidad), entonces no hemos encontrado un sistema jurídico²²³.

El derecho regularía objetos de la moral y mostraría una coincidencia necesaria entre el alcance de estos ámbitos. Las relaciones que identifica Green, más allá de ser necesarias, son relaciones que muestran posibilidades de uso del derecho. Dada su estructura general, que es compartida por distintos sistemas jurídicos, nace entonces la opción de alinearse con una ética que dé cuenta del objeto plural del alcance de la normatividad jurídica: las formas de hablar sobre lo humano, en particular el nivel de abstracción variable. Estas parcelas de prácticas son el dominio de técnicas que promueven el respeto de lo humano o no lo hacen y pueden ser criticadas particularmente mediante el lenguaje que aquí he presentado.

3. Excurso

Respecto a la relación entre legislación y pluralismo, Antonio Bascuñán Rodríguez ha señalado que:

el marco normativo que garantiza como posibilidad legítima la diversidad de formas de vida se despliega en el eje de la distinción entre lo privado y lo público, moviéndose desde el aseguramiento de un espacio privado para la práctica de una forma de vida alternativa a la culturalmente dominante hacia su expresión en el espacio público y su reconocimiento por la comunidad política²²⁴.

²²³ (Green, El positivismo y la inseparabilidad del derecho y la moral 2010), 223.

²²⁴ (Bascuñán s.f.), 64.

El presente ensayo ha tratado de hacerse cargo de la justificación teórica detrás de este problema. Me detendré ahora, por última vez, en la continuidad que espero haber explicitado entre el pensamiento de Hart y Orellana Benado.

Aplicar el entendimiento lingüístico de la normatividad de Wittgenstein a la moral y al derecho permite concluir que las identidades o formas de vivir son también objetos de estos ámbitos. Comparten un sustrato común. A partir de ahí, tanto Hart como Orellana Benado e incluso Berlin abrazaron proyectos de identificación que, reunidos, permiten caracterizar lo jurídico, lo moral, y sus respectivas reglas. Incluso los usos que definen sus funciones pueden construirse a partir de asimilar sus estructuras a la manera como opera el lenguaje.

Ahora bien, indicar que el derecho tiene una función no nos compromete con una función en particular, más bien ella queda en disputa. Al interior del conjunto de prácticas diversas que conforman al derecho, con algunas nos alineamos moralmente (como las que sirven a la coordinación y colaboración); mientras que otras deben ser combatidas. Esto se debe a que el derecho sirve ineficientemente a la colaboración, pero si es criticado de forma radical, puede permitirla e incluso promoverla. Los problemas urgentes de la sociedad mundial en la actualidad, tales como el cambio climático que es consecuencia del calentamiento global, la violencia estatal ejercida de forma ilegítima, la falta de reconocimiento de las identidades diversas y la inequidad social derivada de políticas deficientes de redistribución deben interpretarse a partir del contenido moral mínimo que pone de relieve el positivismo de Hart así como del pluralismo de Orellana Benado cuando destaca las formas de hablar sobre lo humano (el ámbito igualitario, el de abstracción variable y el nivel concreto máximo) y cómo ellas son fuentes de la normatividad, es decir, cómo estructuran las prácticas permitidas y las combatidas. En conjunto, ambas teorías son un lenguaje legal mínimo y necesario para enfrentar dichos problemas.

Conclusiones

Tanto el derecho como la moral son maneras de canalizar el conflicto inherente a la condición humana. Respecto al primero, Hart introdujo a la filosofía analítica del derecho la perspectiva interna para la caracterización de la normatividad jurídica. El derecho es un conjunto de prácticas sociales diversas y su rasgo sobresaliente, la unión de reglas primarias de obligación con las reglas secundarias que confieren potestades, no puede ser explicado sin considerar el punto de vista de los participantes de la práctica. Este punto de vista normativo permite dar cuenta del sentido de la práctica: es social y no psicológico.

Por su parte, M. E. Orellana Benado propone una ética para el siglo XXI que descansa sobre una distinción metafísica entre tres maneras de hablar sobre el fenómeno humano y una distinción ética entre tratar como valores y vivir como valores. Del nivel más abstracto, pasando por el de nivel variable y terminando por el más concreto, encontramos las fuentes de la normatividad moral. En la filosofía moral aquí expuesta las prácticas nacen al interior de grupos más o menos variables, es decir, de mayor o menor igualdad. El nivel individual no muestra origen alguno de normatividad social, sino que comparte únicamente con los otros niveles el ser objeto de regulación moral e incluso, llegado el caso, jurídica.

Wittgenstein es el principal filósofo del lenguaje a cuyas distinciones echamos mano a lo largo de este ensayo para analizar ambas obras expuestas recién. Su argumento en contra de un lenguaje privado muestra que es imposible el seguimiento privado de reglas, de lo que se sigue que su origen y fundamento es social. Seguir una regla es un uso, público y compartido. Esta característica de los lenguajes ordinarios acarrea consecuencias en el plano de lo jurídico estatal cuando se analizan a su luz la teoría hartiana y de la ética del bien poder. A saber, la tensión existente entre la persistencia normativa como condición de posibilidad del lenguaje, la moral y el derecho como fenómenos normativos y la posibilidad abierta a que el derecho adopte distintas funciones o usos morales.

El fenómeno jurídico no logra ser satisfactoriamente explicado solo como coacción. La aceptación generalizada de reglas, su seguimiento, y finalmente el aprovechamiento de las facultades conferidas por las reglas secundarias es un fenómeno que no podría nacer privadamente. Las sociedades modernas no encuentran normatividad social en el capricho

individual. Las reglas nacen al nivel social, no individual, y son utilizadas como guía de conducta y fundamento de la crítica. Quienes las usan las aceptan para sí, por motivos diversos.

La lectura conjunta de ambos autores muestra que el derecho de una sociedad moderna permite tratar como valor las formas de vida distintas de la propia. La descripción del derecho que considere los puntos de vista externo e interno permite tanto la constatación como la explicación del fenómeno jurídico en tanto pautas de conducta que son efectivamente usadas como tales sin referencia a compromiso moral alguno. Este marco conceptual permite dar cuenta del reconocimiento y consagración jurídica del ámbito de abstracción variable. El positivismo blando no se compromete explícitamente con un proyecto moral, sin dejar de reconocer los principios jurídicos o sustantivos que rigen o pueden regir la práctica. El modelo explicativo que caracterice el fenómeno jurídico como un conjunto de prácticas sin centro o esencia donde coexiste una pluralidad de formas de vida da cuenta del progresivo reconocimiento jurídico de tales identidades; y entiende la propuesta hartiana como un caso del lenguaje de la ética del buen trato.

Finalmente, una comprensión del derecho como la aquí propuesta permite entender mejor la diversidad intrínseca del fenómeno humano y el valor de consagrar su protección a nivel jurídico. Los sistemas jurídicos de hecho promueven, en parte, el respeto por la diversidad humana, pero carecen, en general, de un lenguaje mínimo para mejorar su eficiencia y proyección.

Bibliografía

- ANDRADE MORENO, Marcos. «Isaiah Berlin. Historia, Filosofía y Diversidad Valorativa.» Tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009.
- ANDRADE MORENO, Marcos. «La obediencia y los valores: un argumento en contra del fetichismo normativista.» En *Causas perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*, de M.E. Orellana Benado, 165-180. Santiago de Chile: Catalonia, 2010.
- AUSTIN, John L. «Un alegato en pro de las excusas.» En *Ensayos filosóficos*, de John L. Austin, 169-192. Madrid: Ediciones de la Revista de Occidente, 1975.
- AUSTIN, John. *The Province of jurisprudence Determined*. Indianapolis: Hackett, 1832.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. «La afirmación de la diversidad.» Editado por Ediciones Universidad Diego Portales. *Pensamiento y cultura* 05 (s.f.): 63-70.
- BERLIN, Isaiah. «Dos conceptos de libertad.» En *Cuatro ensayos sobre la libertad*, de Isaiah Berlin, 187-243. Madrid: Alianza, 1988.
- CHICA PÉREZ, Víctor. «Metafísica descriptiva y análisis conceptual en el pensamiento de P. F. Strawson.» *Estudios de Filosofía N° 39. Enero – Junio*, 2009.
- DUMMET, Michael. *Origins of Analytical Philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- DWORKIN, Ronald. «El post scriptum de Hart y el carácter de la filosofía política.» En *Causas Perdidas. Ensayos de Filosofía Jurídica, Política y Moral*, de M.E. Orellana Benado, 25-58. Santiago de Chile: Catalonia, 2010.
- ECHVERRÍA, Rafael. *La ontología del lenguaje*. Santiago de Chile: Lom, 2003.
- FIGUEROA RUBIO, Sebastián. «Reglas sociales, formas de vida y juegos de lenguaje.» En *Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho*, de Sebastián Figueroa Rubio, 217-246. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2014.
- FREGE, Gottlob. «El pensamiento: una investigación lógica.» En *Pensamiento y lenguaje*, de Margarita M. Valdés, 23-48. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1996.
- FREGE, Gottlob. «Sobre sentido y referencia.» En *Estudios sobre semántica*, de Gottlob Frege, 51-86. Buenos Aires: Orbis, 1984.
- GAIDO, Paula. «El derecho desde la perspectiva del aceptante: un debate a partir de Herbert Hart.» En *Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de*

- derecho*, de Sebastián Figueroa Rubio, 191-206. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2014.
- GIANNINI, Humberto. *Breve historia de la filosofía*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 1997.
- GRAY, John. *Isaiah Berlin*. Valencia: Alfons el Magnànim, 1996.
- GREEN, Leslie. «El positivismo y la inseparabilidad del derecho y la moral.» En *Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*, de M.E. Orellana Benado, 213-232. Santiago de Chile: Catalonia, 2010.
- GREEN, Leslie. «Reconsiderando El concepto de derecho.» En *Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho*, de Sebastián Figueroa Rubio, 19-60. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2014.
- HACKER, P.M.S. «A Normative Conception of Necessity. Wittgenstein on Necessary Truths of Logic, Mathematics and Metaphysics.» En *Wittgenstein – Rules, Grammar and Necessity*, de G.P. Baker y P.M.S. Hacker, 241-370. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009.
- HAN, Byung-Chul. *La agonía del eros*. Barcelona: Herder, 2014.
- HART, H.L.A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- HART, H.L.A. «Positivism and the Separation of Law and Morals.» *Harvard Law Review* 71, n° 4 (1958): 593-607.
- HART, H.L.A. «Post Scriptum (El concepto de Derecho).» *Estudios Públicos* N° 65, 1997: 225-263.
- HUME, David. *Investigación sobre el conocimiento humano*. Madrid: Mestas, 2003.
- LEITER, Brian. «The Naturalistic Turn in Legal Philosophy.» *APA Newsletter on Philosophy and Law*, vol. 00, N° 2, 2001.
- LÓPEZ TRUJILLO, Simón. *Reglas a ciegas y formas de vida: hacia una elucidación de la normatividad en Wittgenstein*. Tesis de licenciatura en Filosofía, Santiago de Chile: Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad de Chile, 2017.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. «Reglas primarias de obligación. Las “reglas del derecho penal” en El concepto de derecho.» En *Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho*, de Sebastián Figueroa Rubio, 355-390. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2014.
- MILLALEO HERNÁNDEZ, Salvador. «El punto de vista interno de H.L.A. Hart (y Peter Winch): giros, comunidades y pluralidades.» En *Hart en la teoría del derecho contemporánea. A 50 años de El concepto de derecho*, de Sebastián Figueroa Rubio, 143-180. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2014.

- MOYA, Carlos J. «La evolución de la filosofía analítica.» En *La filosofía hoy*, de Javier Muguerza y Pedro Cerezo, 11-26. Barcelona: Crítica, 2004.
- NARVÁEZ MORA, Maribel. «Metodologías filosóficas en la teoría del derecho (Comentario a Reglas sociales, formas de vida y juegos de lenguaje de Sebastián Figueroa Rubio).» En *Hart en la teoría del derecho contemporánea*, de Sebastián Figueroa Rubio, 247-272. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2014.
- ORELLANA BENADO, M.E. «Arribismo epistemológico, ciencia y tecnología.» En *Prójimos lejanos. Ensayos de filosofía en la tradición analítica*, de M.E. Orellana Benado, 144-158. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011.
- ORELLANA BENADO, M.E. «El analítico renegado.» En *Prójimos lejanos. Ensayos de filosofía en la tradición analítica*, de M.E. Orellana Benado, 248-279. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011.
- ORELLANA BENADO, M.E. «El ocultamiento de la normativo, modernidad y epistemología.» *Quintas jornadas de Estudios sobre las ideas*. Talca: Instituto de Estudios Humanísticos Universidad de Talca, 2015.
- ORELLANA BENADO, M.E. «Escepticismo, humor y el archipiélago del conocimiento.» En *Prójimos lejanos. Ensayos de filosofía en la tradición analítica*, de M.E. Orellana Benado, 194-227. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011.
- ORELLANA BENADO, M.E. «La rebelión de sir Peter.» En *Prójimos lejanos. Ensayos de filosofía en la tradición analítica*, de M.E. Orellana Benado, 339-352. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011.
- ORELLANA BENADO, M.E. «Negociación moral.» En *Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*, de M.E. Orellana Benado, 263-282. Santiago de Chile: Catalonia, 2010.
- ORELLANA BENADO, M.E. «Pluralismo.» En *Prójimos lejanos. Ensayos de filosofía en la tradición analítica*, de M.E. Orellana Benado, 25-98. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011.
- ORELLANA BENADO, M.E. «Pluralismo y derechos humanos.» En *Prójimos lejanos. Ensayos de filosofía en la tradición analítica*, de M.E. Orellana Benado, 99-114. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011.
- ORELLANA BENADO, M.E. «Pluralismo y el ocaso de lo normativo.» *IV Congreso Nacional*. Vol. IV Congreso Nacional. Santiago: Asociación chilena de Filosofía, 29 de octubre de 2015.
- ORELLANA BENADO, M.E. «Raíces judaicas y griegas del entendimiento moderno de ciencia.» En *Ciencia, tecnología y sociedad en la región de Valparaíso*, de Marcelo R. Arancibia Gutiérrez, 206-222. Santiago de Chile: Universidad de Valparaíso, 2011.

- ORELLANA BENADO, M.E. «Tradiciones y concepciones en filosofía.» En *Filosofía de la filosofía (Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Vol. 33)*, de Oscar Nudler, 49-78. Madrid: Trotta, 2010.
- PALONEN, Kari. «The State as a 'Chance' Concept: Max Weber's de-substantialisation and neutralisation of the concept.» *Max Weber Studies*, vol. 11, N° 1, 2011: 99-117.
- PATTERSON, D. «Explicating the internal point of view.» *SMU Law Review* 52, 1999: 67-74.
- PEREIRA FREDES, E. *Isaiah Berlin y P.F. Strawson. Antecedentes del Pluralismo en la Tradición Analítica de la Filosofía*. Tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2008.
- PEREIRA FREDES, E. «Tradición analítica de la filosofía del derecho.» En *Problemas Actuales de Filosofía Jurídica*, de Fabiola Vergara Ceballos, 283-322. Santiago de Chile: Librotecnia, 2015.
- PEREIRA FREDES, Esteban. «Dos versiones sobre el fenómeno jurídico.» *Revista de Estudios de la Justicia* N° 21, 2014: 109-151.
- PEREIRA FREDES, Esteban. «Strawson y la embestida contra el cientificismo.» *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. (25), 2007: 343-359.
- RIFFO ELGUETA, Ernesto. «A cincuenta años de The Concept Of Law: Hart como naturalista blando.» *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* Núm. 29, 2011: 259-270.
- RIFFO ELGUETA, Ernesto. *Explicando el derecho. Pluralismo, prácticas e instituciones jurídicas*. Tesis de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2012.
- RUSSELL, Bertrand. *La conquista de la felicidad*. Santiago de Chile: Debolsillo, 2016.
- STRAWSON, P.F. «Introducción.» En *Prójimos lejanos. Ensayos de filosofía en la tradición analítica*, de M.E. Orellana Benado, 15-21. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2011.
- STRAWSON, P.F. *Libertad y resentimiento*. Barcelona: Paidós, 1995.
- STROLL, Avrum. *La filosofía analítica del siglo XX*. Madrid: Siglo XXI, 2002.
- STROLL, Avrum. *Wittgenstein*. Oxford: Oneworld, 2007.
- SWEDBERG, Richard, y Agevall Ola. *The Max Weber Dictionary: Key Words and Central Concepts*. Stanford: Stanford University Press, 2005.
- WALDRON, Jeremy. «Positivism normativo (o ético).» En *Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*, de M.E. Orellana Benado, 127-146. Santiago de Chile: Catalonia, 2010.

WEBER, Max. «La objetividad del conocimiento propio de las ciencias sociales y de la política social.» *Revista de Economía Política* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), nº 16 (junio-diciembre 1956): 423-490.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Barcelona: Crítica, 1988.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Madrid: Alianza, 2003.