



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

LOS JUICIOS DE VALOR EN LA CIENCIA DEL DERECHO

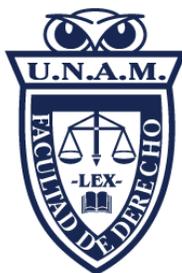
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

LUIS ENRIQUE RAMÍREZ VARGAS



DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Javier Saldaña Serrano

Ciudad Universitaria, Ciudad de México, 2019



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A Juan Carlos Ramírez Vargas, quien, además de mi hermano, ha sabido ser mi amigo.

A mi madre y padre, por su incondicional apoyo.

A mi abuela, ejemplo de virtud.

A la Facultad de Derecho de la UNAM.

Me parece, pues, que, al crear Dios dos hermanos, se propuso su utilidad recíproca, y mucho más que en el caso de las manos, de los pies, de los ojos, y demás cosas de una cierta hermandad en los hombres. Porque las manos no podrían, si hiciese falta, agarrar a la vez objetos alejados más de dos metros; ni los pies, avanzar de un paso distancias mayores de un metro; y los ojos mismos, que parecen llegar muy más lejos no pueden ver simultáneamente hacia adelante y hacia atrás, ni aun los objetos cercanos; empero, dos hermanos que se amen pueden obrar de consuno y ayudarse mutuamente por muy distantes que se encuentren.

Sócrates (Memorabilia).

RECONOCIMIENTOS

Expreso mi reconocimiento y gratitud con todos aquellos que hicieron de mi paso por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México la experiencia más intensa e importante de mi vida. En general, a todas las personas cuyo ejemplo es la prueba más palpable de que la profesión de abogado es la más noble y virtuosa entre cuantas hay no puedo sino expresarles una idea: gracias. Es preciso señalar a algunos: a mi asesor, el doctor Javier Saldaña Serrano, con quien el dialogo constante y crítico me ha enriquecido enormemente, abriéndome las puertas de un mundo casi inagotable de posibilidades intelectuales, así como a los profesores Farid Barquet Climent, Guadalupe Barrena Nájera, Arturo Muñoz Cota Pérez y Guillermo Estrada Adán.

LOS JUICIOS DE VALOR EN LA CIENCIA DEL DERECHO

I. Introducción.....	3
Capítulo 1. Cuestiones preliminares.....	7
1.1 Introducción.....	7
1.2 El positivismo lógico del Círculo de Viena.....	8
1.3 Hilary Putnam y la crítica al positivismo lógico.....	12
1.4 La crítica a la dicotomía hecho/valor en la filosofía jurídica.....	18
1.5 Consecuencias del abandono de la dicotomía hecho valor: el resurgimiento de la razón práctica.	20
1.6 ¿Se está frente a un cambio de paradigma filosófico	23
Capítulo 2. Antecedentes. Los juicios de valor en la historia de la filosofía del derecho.....	28
2.1. Introducción.....	28
2.2 Antecedentes remotos.....	29
2.3. Antecedentes positivistas.....	32
2.4. Thomas Hobbes.....	37
2.5 Jeremy Bentham.....	41
2.6 John Austin.....	48
Capítulo 3. Los juicios de valor en Hans Kelsen.....	55
3.1 Introducción.....	55
3.2 Kelsen y el positivismo lógico: hechos y valores.....	56
3.3 El ser y el deber ser en Kelsen.....	65

3.4 Kelsen y los juicios de valor	68
3.5 Valoración de la teoría.....	74
Capítulo 4. Los juicios de valor en H.L.A. Hart (1907-1992)	76
4.1 Introducción.....	76
4.2 El entorno intelectual de H.L.A. Hart.....	78
4.3 Wittgenstein y H.L.A. Hart.....	84
4.4 H.L.A. Hart: ¿hermeneuta?.....	92
4.5. H.L.A. Hart y los juicios de valor.....	98
4.6 Valoración de la teoría.....	104
Capítulo 5. Los juicios de valor en John Finnis (1940-)	105
5.1 Introducción.....	105
5.2 La teoría del derecho de John Finnis.....	106
5.3 Finnis y la metodología	110
5.4. Finnis y la teoría del conocimiento.....	117
5.5 John Finnis y los juicios de valor.....	121
Capítulo 6. Los juicios de valor en Joseph Raz (1939-)	127
6.1. Introducción.....	127
6.2. La teoría jurídica de Joseph Raz.....	128
6.3 Raz y los juicios de valor.....	132
6.4 Raz frente a Finnis.....	137
Conclusiones generales	140
Bibliografía.....	144

LOS JUICIOS DE VALOR EN LA CIENCIA DEL DERECHO

I. Introducción

Es ampliamente conocida, y polémica, la sentencia de Alfred North Whitehead sobre que “toda la filosofía occidental es una serie de notas a pie de página de las obras de Platón”¹. Cualquiera que sea su grado de verdad, para la filosofía del derecho en general, y para el tema que aquí se plantea en lo particular, esta afirmación es absolutamente cierta. En efecto, ya en Platón, como en Aristóteles, se hace presente una genuina preocupación respecto del método adecuado para llevar a cabo el estudio de las cuestiones humanas, y destaca en sus obras una clara conciencia de la distinción entre las valoraciones propias del teórico que desarrolla una actividad científica y la descripción que el mismo realiza de instituciones sociales y concepciones éticas diversas a la suya². Este interés por lo que ahora conocemos como metodología, atraviesa, con diferentes matices, la historia de la reflexión filosófica y científica acerca del derecho de los últimos dos milenios, y llega a nuestra época con un renovado impulso suscitado por lo que parece ser el ocaso definitivo del positivismo jurídico y el resurgimiento, desde finales del siglo pasado, de la filosofía práctica. Dicha convergencia de circunstancias históricas obliga al estudioso del derecho a reflexionar sobre su posición, como sujeto cognoscente, frente a su objeto de estudio y sobre las posibilidades y alcances de su crítica en términos valorativos.

En la presente investigación me propongo abordar la cuestión metodológica de la neutralidad valorativa del estudio del derecho a partir del análisis de diferentes modelos, o teorías, de ciencia jurídica que resultan representativas de la trayectoria seguida por el pensamiento jurídico contemporáneo³. Se trata, para

¹ Cfr. Whitehead, Alfred North, *Process and reality. An essay in Cosmology*, New York, Macmillan, 1957, p. 63.

² Particularmente en: la *República* de Platón y la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles. Sobre el particular, véase Finnis, John, “Sobre los caminos de Hart: el Derecho como razón y como hecho” en Grant, Kramer, Hatzistavrou, Colburn (comps), *El legado de H.L.A. Hart, Filosofía jurídica, política y moral*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 29-58.

³ El profesor Juan Carlos Bayón señala que la neutralidad valorativa en la teoría del derecho puede entenderse al menos desde siete puntos de vista, de los cuales, tres corresponden a teorías normativas sobre el concepto del derecho, véase Bayón, Juan Carlos, “¿Cómo se determina el

emplear el lenguaje iusfilosófico más adecuado, de un estudio de metateoría de filosofía del derecho⁴, esto es, de un estudio de segundo orden que tiene por objeto un saber primario⁵, que en este caso, es la filosofía jurídica, particularmente, la de corte analítico.

Para ello, examinaré el tratamiento que cada una de las teorías jurídicas escogidas asigna a los juicios de valor dentro del conjunto de su construcción teórica, en el entendido de que éstos constituyen un elemento explicativo indispensable de su metodología, y en última instancia, de su concepto mismo de derecho. De modo que si una determinada teoría considera al ámbito de lo ético como cognoscible y susceptible de objetividad, y por lo tanto, incorpora juicios valorativos a su metodología para determinar su objeto de estudio, ampliará naturalmente los márgenes de lo que puede ser considerado como derecho; mientras tanto, si una teoría rechaza a los juicios valorativos, bajo el argumento de una supuesta irracionalidad intrínseca, entonces, su *test* para calificar a una práctica social como derecho será más restringido. Cabe señalar que esta cuestión forma parte de una discusión más general y de total actualidad, como es la relativa a las condiciones de posibilidad para la existencia y éxito de la teoría del derecho⁶.

En este punto, metodología y epistemología confluyen en la elucidación de las teorías jurídicas, así como de sus presupuestos filosóficos subyacentes⁷, que no siempre son hechos explícitos por sus autores, al grado en que puede advertirse, como me encargaré de demostrar a lo largo del trabajo, la existencia de una relación de condicionamiento mutuo entre el método y la teoría del conocimiento que adopta cada postura teórica. Este enfoque, además, nos proporciona un

objeto de la jurisprudencia?" en Ferrer Beltrán, Jordi; Moreso, José Juan, y Papayannis, Diego M. (eds), *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 17 – 37.

⁴ Sobre este concepto véase Dickson, Julie, *Evaluación en la teoría del derecho*, México, UNAM, 2006, p. 4.

⁵ Cfr. Moulines, Carlos Ulises y Díez Calzada, José, *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, Barcelona, 2008, p. 15.

⁶ Véase, v.gr. Raz, Joseph; Alexy, Robert; Bulygin, Eugenio, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

⁷ Sobre la relación entre estas dos ramas de la filosofía, véase Gaeta, Rodolfo; Robles, Nilda, *Nociones de epistemología*, Buenos Aires, Eudeba, 1988, p. 12; y

elemento objetivo para la clasificación (y desenmascaramiento)⁸ de diferentes teorías del derecho de acuerdo con su mayor cercanía con tesis positivistas o con la teoría de la ley natural.

Ahora bien, por cuanto hace al criterio de selección de las teorías del derecho que se abordan en la presente investigación, a saber, las postuladas por: Hans Kelsen, H.L.A. Hart, John M. Finnis y Joseph Raz, responde a una determinada interpretación respecto del tránsito seguido por la filosofía del derecho de los últimos tiempos, desde mediados del siglo pasado hasta la actualidad⁹, en particular, en materia valorativa, que apunta hacia la consolidación de un nuevo paradigma¹⁰ en la materia. Esta evolución de los cimientos epistemológicos de la filosofía jurídica reciente es patente si se toma en consideración que el pensamiento kelseniano irrumpe el siglo pasado como el gran receptor de la filosofía positiva del siglo XIX, para abrir paso, años después, al pensamiento de Herbert Hart, quien postula un positivismo “suave” (o *soft positivism*), en el que se advierte una clara influencia del resurgimiento de la filosofía práctica. Para John Finnis y Joseph Raz, ambos discípulos de Hart, el razonamiento práctico y la recuperación del aspecto valorativo¹¹ (aunque para Raz, las valoraciones no sean necesariamente de carácter moral) son elementos capitales para la explicación del

⁸ Este es uno de los objetivos centrales de la moderna filosofía del derecho, ya que desde hace algunas décadas han surgido numerosas teorías jurídicas que, postulan, no identificarse plenamente ni con el positivismo jurídico ni con el iusnaturalismo jurídicos, sin embargo, su propuesta dista de ser novedosa, y antes bien, no hace sino recuperar tesis que han sido largamente defendidas con anterioridad por alguna de las dos tradiciones del pensamiento iusfilosófico mencionadas. Al respecto, véase Orrego, Cristóbal, “La ley natural bajo otros nombres: de *nominibus non est disputandum*” en *Anuario de Filosofía jurídica y social*, 2005, pp. 75-90.

⁹ Una interpretación de este tipo puede encontrarse en: Moreso, José Juan, “Teoría del derecho y neutralidad valorativa” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, (2008), pp.177-200. J.J. Moreso encuentra que, por cuanto hace a la cuestión de la neutralidad valorativa, las teorías jurídicas puede distinguirse, según sostengan que: (i) la explicación conceptual del derecho puede efectuarse libre de valoraciones, o (ii) la determinación del contenido del derecho puede realizarse sin referencia a valores.

¹⁰ Empleo esta expresión en el sentido propuesto por el profesor Pedro Serna en su interpretación de la teoría de las revoluciones científicas de Thomas Kuhn, véase Serna, Pedro, *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos, de la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2012, pp. 9 y ss

¹¹ Sobre la importancia de la dimensión valorativa en el pensamiento finnisiano, véase Orrego, Cristóbal, “Ética objetiva y razonamiento jurídico. John Finnis como modelo de defensa jurídica de la ética objetiva” *Criterio y Conducta*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, núm. 8, julio-diciembre 2010, pp. 213-239.

derecho. Esta interpretación tiene la ventaja de poder articular una explicación histórico-filosófica que comprende del surgimiento y auge de la filosofía científica a su relativo abandono y el resurgimiento de la filosofía práctica y la hermenéutica.

CAPÍTULO 1

CUESTIONES PRELIMINARES

1.1 Introducción

Considero de capital importancia hacer explícitos los presupuestos metodológicos que guían la presente investigación, con el objeto de delimitar los términos en que se plantea la misma, así como para calibrar el alcance de lo que se expondrá posteriormente. Por ello, el propósito de este primer capítulo es ofrecer un marco teórico que dé orientación y articulación a los posteriores.

El desarrollo moderno de la filosofía impone adoptar un enfoque crítico respecto del modelo positivista surgido en el seno del Círculo de Viena en la primera mitad del siglo pasado, conocido como positivismo o empirismo lógico, cuya influencia en el estudio científico del derecho fue de notable importancia. Aunque actualmente, la mayoría de las tesis de esta forma radicalizada de positivismo se encuentran abandonadas¹², algunas de ellas, especialmente en materia ética, continúan cosechando acérrimos defensores y suscitando interesantes discusiones. Sin embargo, un examen detenido y honesto de la trayectoria que la filosofía moderna ha recorrido desde el último cuarto de siglo conduce, inevitablemente, a su superación.

Este recorrido debe partir de la comprensión de los postulados fundamentales del positivismo lógico, y su contexto histórico. En particular, resulta provechoso analizar la dicotomía, trazada por esta corriente, entre juicios analíticos y juicios sintéticos, que subyace a la dicotomía entre enunciados de hecho y enunciados de valor, ya que sirve de base para explicar su postura no cognitivista en ética. Este repaso nos ayudará a comprender la profundidad de las críticas que el filósofo norteamericano Hilary Putnam, entre otros¹³, han enderezado en contra del

¹² Véase Moulines, C. Ulises, *El desarrollo moderno de la filosofía de la ciencia (1890-2000)*, México, UNAM, 2011, p. 72

¹³ Cabe señalar que aunque el señalamiento de la inviabilidad de la dicotomía entre enunciados analíticos y sintéticos, y la correlativa separación entre hechos y valores, es casi tan antigua como ésta (ya en 1961 Willard Van Orman Quine, en su ya clásico “*Two Dogmas of Empiricism*”, formuló

positivismo lógico y la dicotomía mencionada, así como la trascendencia que dichas crítica tienen para todo el ámbito iusfilosófico, en particular, sobre las posibilidades teóricas que permite el abandono de la dicotomía, como es la recuperación de la noción de razón práctica como un elemento estructural de la explicación de la normatividad del derecho.

El presente capítulo transita la ruta que ha quedado trazada para culminar en una explicación mucho más general en donde todo lo anterior puede ser interpretado como una parte del devenir histórico que el pensamiento científico y filosófico ha adoptado en los últimos tiempos.

1.2 El positivismo lógico del Círculo de Viena.

El positivismo lógico irrumpió en un todavía joven siglo XX como reacción frente al dominio de elementos metafísicos, teologizantes y especulativos de la filosofía de la época¹⁴. Se propuso, como objetivo principal, la renovación total de la filosofía a través de la introducción de un lenguaje formalizado y preciso, que sirviera como codificación analítica del lenguaje de la ciencia¹⁵ y eliminara todas las ambigüedades de la filosofía tradicional. Por ello, el profesor Friederich Stadler enseña que

La tradición filosófica interna del viejo al nuevo positivismo se describe con la adopción de la lógica simbólica, la teoría del conocimiento y la investigación en los fundamentos de las ciencias para explicar, en el espíritu de Wittgenstein, el concepto de filosofía: “el propósito de la filosofía es la clarificación del significado de las proposiciones y la eliminación de las [...] seudoproposiciones”¹⁶

una dura crítica a la dicotomía proponiendo su abandono), es en el otrora profesor de Harvard, donde la crítica ha encontrado su mejor formulación.

Filósofos posteriores también se han ocupado del tema, entre los más destacados puede mencionarse a: Philippa Foot, G.E. Anscombe, Iris Murdoch, David Wiggins, y Bernard Williams.

¹⁴ Véase Stadler, Friederich, *El Círculo de Viena, Empirismo lógico, ciencia, cultura y política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, pp. 324 y ss.

¹⁵ Cfr Moulines, Ulises C., *El desarrollo moderno de la filosofía de la ciencia, op. cit., supra* 12, p. 37.

¹⁶ Stadler, Friederich, *El Círculo de Viena, op. cit., supra* 14, p. 38.

Es bien conocido que Ludwig Wittgenstein fue un personaje clave para el desarrollo del positivismo concebido en el Círculo de Viena¹⁷, por lo que resulta pertinente ocuparnos de algunos de los rasgos principales del pensamiento del filósofo vienés. Según los estudiosos de la obra de Wittgenstein, ésta puede subdividirse en dos momentos, denominados respectivamente, como el “primer Wittgenstein” y el “segundo Wittgenstein”. Aunque esta distinción no está exenta de objeciones, pues hay quien encuentra en el desarrollo de su obra una perfecta armonía, para efectos de nuestra exposición seguiremos la distinción habitual. Del “primer Wittgenstein”, cuya obra cumbre es el polémico *Tractatus Logico-Philosophicus*, es característico el atomismo lógico, entendido como aquella teoría que sostiene que, siendo el mundo un conjunto de “hechos atómicos”¹⁸ o “estados de cosas” constituidos por objetos simples¹⁹ e independientes entre sí²⁰, corresponde al lenguaje “reflejar” la realidad²¹.

En ese sentido, se afirma que el sujeto se hace figuras de los hechos²², mismas que son, a su vez, modelos de la realidad²³. Esta realidad viene expresada por medio de proposiciones²⁴, mismas que a su vez son consideradas como “hechos” por Wittgenstein, pues son una representación proyectiva de la realidad²⁵. De las proposiciones que forman el lenguaje cabe encontrar su forma lógica, que puede ser una “función de verdad” (tautología), o bien, de descripción de un estado de cosas. En esta etapa del pensamiento wittgenstiano la filosofía es vista como crítica lingüística, así como que:

La mayor parte de las proposiciones e interrogantes que se han escrito sobre cuestiones filosóficas no son falsas, sino absurdas. De ahí que no podamos dar respuesta en absoluto a interrogantes de este tipo, sino sólo constatar su condición de absurdos. La

¹⁷ Véase Von Wright, *Explicación y comprensión*, Madrid, Alianza Universidad, 1979, p. 50.

¹⁸ Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Logico-Philosophicus*, (en lo sucesivo *TLP*), traducción de Jacobo Muñoz Veiga e Isidoro Reguera Pérez, Madrid, Alianza, 1980, 1.2.

¹⁹ *TLP* 2.02

²⁰ *TLP* 2.061

²¹ Véase Beuchot, Mauricio, *Ludwig Wittgenstein. Analogía y parecidos de familia*, México, Herder, 2015, p. 19

²² *TLP* 2.1

²³ *TLP* 2.12

²⁴ *TLP* 4.01

²⁵ Beuchot, Mauricio, *Ludwig Wittgenstein, op. cit., supra* 21, p. 21

mayor parte de los interrogantes y proposiciones de los filósofos estriban en nuestra falta de comprensión de nuestra lógica lingüística.

(Son del tipo del interrogante acerca de si lo bueno es más o menos idéntico que lo bello)

Y no es de extrañar que los más profundos problemas *no* sean problema *alguno*²⁶.

Pues bien, el surgimiento del Círculo de Viena (*Wiener Kreis* o *WK*) puede ubicarse con meridiana claridad en el año de 1918, a raíz del establecimiento de un seminario privado de discusión dirigido por Moritz Schlick, entonces profesor en la Universidad de Viena, reunido en el Instituto de Matemáticas en la Botzmannngasse en Viena²⁷. Poco a poco, el seminario va ganando notables adeptos, que con posterioridad serán los máximos expositores del positivismo lógico, y sus tesis ejercerán notable influencia en toda la filosofía posterior. Entre ellos pueden mencionarse a: Rudolf Carnap, Hans Reichenbach, Otto Neurath, Hans Hahnn, Karl Menger, Alfred Jules Ayer, entre otros.

El *WK* se hizo público en 1929 con la publicación, a manera de proclama, de un folleto intitulado "*La concepción científica del mundo*", que contiene las directrices principales de la actividad intelectual desarrollada en el Círculo. Al respecto señala Stadler:

Lo que en general exigían los representantes de la filosofía científica eran métodos exactos, la referencia empírica y la prioridad de una actitud esclarecedora y una orientación a la investigación, en estricta separación de las filosofías sistemáticas irracionalistas, metafísicas y teologizantes.

Considerado de manera histórica, el paradigma antimetafísico, a la vez que positivista y realista constituye el requisito fundamental de la aparición y constitución de la "filosofía de la ciencia" practicada por el *WK*.²⁸

Como vemos, son rasgos esenciales del positivismo lógico cultivado dentro del *WK*, un científicismo radical guiado por el ideal de la ciencia física, aunado a una

²⁶ *TLP*, 4.003.

²⁷ Stadler, Friederich, *El Círculo de Viena*, *op. cit.*, *supra* 14, p. 724.

²⁸ *Ibíd.*, p. 36.

actitud analítica y logicista²⁹, que se plantea como objetivo central la unificación de la ciencias y la reducción de la filosofía a una actividad de mero análisis del lenguaje. El profesor Stadler lo expresa con mucha claridad cuando señala que esta escuela:

Buscaba no sólo la superación de la metafísica, sino también la de la filosofía misma, con el propósito de constituir una ciencia unificada con terminología fisicalista. En este último movimiento tenían cabida, como alternativas viables, tanto un lenguaje fenomenalista como un lenguaje fisicalista, una teoría coherentista de la verdad, lo mismo que una concepción de ésta como correspondencia; el verificacionismo y el confirmacionismo, al igual que un lenguaje ideal y un lenguaje de uso normal³⁰.

Dentro de los límites de su teoría, sobre el particular destaca la llamada “*teoría de la verificabilidad*”, según la cual, una proposición posee un sentido siempre que sea verificable. Luego entonces, todas aquellas proposiciones que no poseen un método de verificabilidad carecen, a su vez, de sentido, son pseudoproposiciones³¹. A ello se suma el requisito de la “*intersubjetividad*”, que viene a significar que, para ser científica, una proposición debe ser verificada por más de un observador, esto es, que sólo pueden ser verificables las proposiciones que se refieren a hechos “sensibles”.

Esta conclusión del positivismo lógico es avasalladora. De un plumazo excluye del campo de lo “científico” a todo aquello que no es posible de verificación, de conformidad con un concepto harto restringido de “verificación”, según el cual, sólo los hechos “sensibles”, percibidos por los sentidos, entran en esa categoría. I.M. Bochenski señala que de acuerdo con este punto de vista:

(...) todas las proposiciones de la psicología introspectiva y de la filosofía clásica son inverificables, es decir que carecen de ese sentido. Por consiguiente, el único lenguaje con sentido es el de la física (fisisimo), y hay que unificar todas las ciencias desde este punto de vista (lenguaje unitario y ciencia unitaria)³².

²⁹ Cfr. Bochenski, I.M., *La filosofía actual*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 76

³⁰ Stadler, Friederich, *El Círculo de Viena*, op. cit., supra 14, p. 39.

³¹ Bochenski, I.M., *La filosofía actual*, op. cit., supra 29, p. 79.

³² *Ibidem*. p. 80.

Un tercer requisito de las proposiciones para ser consideradas con sentido, y en consecuencia, “científicas”, es que deben estar constituidas según las reglas sintácticas del lenguaje. A partir de estos criterios, según el positivismo lógico, es posible distinguir dos niveles en el lenguaje: o se trata de un lenguaje con sentido, esto es, científico; o bien, el lenguaje sólo expresa deseos y sentimientos, condenado por ese hecho a la más absoluta irracionalidad.

La propuesta intelectual del Círculo de Viena, que aquí sólo ha quedado superficialmente trazada, representó un hito para todo el pensamiento filosófico de su época, en particular en países como Alemania y el Reino Unido³³. El profesor Moulines sintetiza el proyecto filosófico del *WK* en los siguientes términos:

Se trata de una visión del edificio conceptual y metodológico del conjunto de las ciencias empíricas estrictamente *reduccionista, lógico-empirista y verificacionista*. Se compone de tres pilares fundamentales-uno concerniente a los conceptos, los otros dos a los enunciados científicos-. El primer consiste en reducir todos los conceptos científicos, por definiciones estrictas y lógicamente irrefutables, a conceptos muy simples de tipo directamente observacional. El segundo pilar postula que todo enunciado verdaderamente científico es puramente analítico o sintético (es decir, que es verdadero o falso en virtud únicamente de su forma lógica, o que es verdadero o falso en virtud de su contenido empírico). El tercer pilar corresponde a los enunciados sintéticos o empíricos: deben ser verificables, al menos en principio, por enunciados estrictamente observacionales y controlables por todo el mundo³⁴.

1.3 Hilary Putnam y la crítica al positivismo lógico.

El profesor Hilary Putnam³⁵ ha cuestionado, y finalmente refutado, no sólo el dogmatismo con que importantes corrientes filosóficas del siglo pasado adoptaron la tesis de la dicotomía entre “hecho/valor”, sino su propio basamento y fundamentos neokantianos.

³³ Cfr. Moulines, Ulises, C., *El desarrollo moderno de la filosofía de la ciencia, op cit., supra* 12, p. 45.

³⁴ *Ibídem* p. 46.

³⁵ Principalmente en: Putnam, Hilary, *El desplome de la dicotomía hecho/valor y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 2004.

La primera de las críticas se centra en señalar que la separación irreductible entre hechos y valores, postulada por los positivistas lógicos, así como la correlativa entre hechos y valores, son tesis y no axiomas de validez incuestionable³⁶, por lo que es dable examinar su vigencia y viabilidad. Al efecto, Putnam nos recuerda que el origen de la dicotomía hecho/valor puede rastrearse en otra dicotomía, ampliamente compartida en la historia de la filosofía, así como en su interpretación neokantiana, a saber: la distinción entre juicios analíticos y juicios sintéticos, tal como la entendió Immanuel Kant³⁷.

Como es conocido, dentro de la filosofía kantiana, los juicios analíticos hacen referencia a las “verdades por definición”, mientras que los juicios sintéticos se refieren a enunciados sobre hechos³⁸. En un sentido más estricto, los juicios analíticos son “aquellos juicios en los cuales el predicado del juicio está contenido en el concepto del sujeto”³⁹ de modo que su contenido es expresable mediante la fórmula “S es P”. Por su parte, los juicios sintéticos “son aquellos en los cuales el concepto de predicado no está contenido en el concepto del sujeto; de modo que por mucho que analicemos el concepto del sujeto no encontraremos nunca dentro de él el concepto del predicado”⁴⁰. El otrora profesor de la Universidad de Harvard da cuenta de cómo esta parte de la filosofía kantiana, así como su interpretación neokantiana, fueron recogidas y reformuladas en forma importante por los positivistas lógicos del pasado siglo⁴¹. En su interpretación, la cualidad esencial de los juicios analíticos es la de ser “verdaderos” en virtud de las reglas del lenguaje, mientras que los juicios no analíticos o sintéticos son caracterizados por ellos como “descripciones de hecho”⁴².

³⁶ Véase Quine, W., “Two Dogmas of Empiricism” en W, Quine, *From a Logical point of view*, Cambridge, Harvard University Press, p. 22-46.

³⁷ Putnam, Hilary, *El desplome de la dicotomía hecho/valor*, *op. cit.*, *supra* 35, p. 16

³⁸ Ídem.

³⁹ Cfr Morente, A. *Lecciones Preliminares de Filosofía*, México, Editores Mexicanos Unidos, 1983, p. 187. Un ejemplo de juicio analítico, proporcionado por el propio autor, es el de “El triángulo tiene tres ángulos”.

⁴⁰ Ídem. Un ejemplo de juicio sintético, proporcionado por el propio autor, es el de “El calor dilata los cuerpos”.

⁴¹ Véase Putnam, Hilary, *El desplome de la dicotomía hecho/valor*, *op. cit.*, *supra* 35, p. 30 y ss.

⁴² *Ibidem*, p. 27.

Ahora bien, la incompatibilidad del resto de la filosofía kantiana, (dada su inclinación hacia la metafísica), con el proyecto positivista fue suplida con las ideas desarrolladas por David Hume. De éste último, los positivistas lógicos obtienen el complemento necesario para elaborar una postura radicalmente empirista y antimetafísica, en particular, respecto de su escepticismo radical en cuestiones valorativas. Al parecer de Putnam, los positivistas lógicos realizan una interpretación exagerada de Hume, que lleva a sostener que los juicios éticos al no ser enunciados de hecho, por carecer completamente de verificación empírica, no son sino expresiones de sentimientos o “imperativos disfrazados”⁴³.

El corolario de la “fusión” de estas doctrinas filosóficas, la kantiana y la humeana, dio lugar al argumento de que los juicios éticos, al no ser ni analíticos ni sintéticos, se encuentran fuera del alcance del conocimiento humano. Luego, los juicios éticos no son sino expresiones de sentimientos, estados de ánimo o la mera expresión de la voluntad de quien los formula, por lo tanto, escapan a todo conocimiento racional. Como puede verse, desde este punto, el paso hacia el escepticismo ético es ya prácticamente imperceptible.

Ahora bien, siguiendo a Putnam en su exposición, conviene preguntarse sobre la noción de “hecho” que adoptan los positivistas lógicos, pues de ella depende buena parte de sus postulados. El concepto de “hecho” propugnado por esta postura filosófica no es sino el concepto humeano, que puede enunciarse como el de todo aquello que puede causar una “impresión sensorial”⁴⁴, observable a través de los sentidos.

Así, según esta concepción, sólo los enunciados que son verificables a través de la experiencia sensible, a través de los sentidos, en virtud de que se refieren a hechos, pueden ser plenamente científicos. Esto es, si, y sólo si, son verificables a través de los sentidos, se estará en presencia de enunciados científicos. De lo anterior se sigue que si todos los enunciados científicos son verificables

⁴³ *Ibidem*, p. 32.

⁴⁴ *Ibidem* p. 36.

empíricamente⁴⁵, los juicios de valor, por ser empíricamente no verificables, son acientíficos.

Esta conclusión, irrefutable *prima facie*, admite las siguientes objeciones. Si bien es cierto que ya en los años de auge del positivismo lógico el concepto de “hecho” mencionado resultaba problemático, en la actualidad se encuentra totalmente obsoleto, gracias al vertiginoso desarrollo que la ciencia física ha experimentado en las últimas décadas. En efecto, si bien es cierto que ya en la época del positivismo lógico una noción tan restringida de hecho, generaba ciertas complicaciones para la viabilidad de sus postulados, el impetuoso avance de las ciencias exactas que tuvo lugar en la segunda mitad del siglo XX ha hecho que hoy en día estas tesis resulten inadmisibles⁴⁶.

Además, la ciencia física se ha encargado de probar que no existe un método de verificación para cada enunciado científico. Antes bien, el postulado vigente señala que los enunciados científicos se enfrentan al proceso de verificación como un cuerpo integrado⁴⁷. Al respecto explica el profesor Rolleri:

Pero el mundo postulado por la física de Newton sí entra en conflicto con las tesis de los empiristas. El concepto clásico de partícula es una idealización de los cuerpos materiales concebidos como masas puntuales de cuerpos inextensos y es ese concepto idealizado el que ocurre en la formulación de la segunda ley del movimiento. Si bien puede argüirse que la contraparte física de ese concepto de partícula son objetos como las manzanas, los proyectiles y los planetas, que sí son accesibles a la percepción directa, su propiedad fundamental, la masa, no es una propiedad que pueda percibirse por medio de nuestros sentidos en cuerpos como la Luna, aun con el uso de telescopios⁴⁸.

La segunda de las críticas que el profesor norteamericano ha formulado respecto de la radical exclusión de las valoraciones del ámbito científico, propia del positivismo lógico, es la relacionada con los denominados “valores epistémicos” en la investigación científica. Según Putnam, los llamados valores epistémicos, esto

⁴⁵ Véase Putnam, Hilary, “La objetividad y la distinción ciencia/ética”, en *Dianoia, Anuario de Filosofía*, XXIV, 1988. p. 7

⁴⁶ *Ibidem* p. 10

⁴⁷ *Ibidem* p. 8

⁴⁸ Rolleri, José Luis, *Introducción a la filosofía actual de la ciencia*, México, Fontamara, 2012, p. 14.

es, valores como la coherencia, plausibilidad, razonabilidad, simplicidad de una teoría, no sólo subyacen, sino que son indispensables para cualquier actividad científica⁴⁹, por lo que su exclusión por el positivismo lógico resulta del todo injustificada, en tanto que no hay razones importantes para llevar a cabo una diferenciación entre estos valores, y los de naturaleza ética⁵⁰.

Como vemos, actualmente es ampliamente aceptado que una teoría “científica”, del ramo que sea, no puede encontrarse exenta de valores epistémicos que determinen el sentido, extensión o viabilidad de lo que se postula. En ese sentido, el filósofo Irving Copi, en su *Introducción a la lógica*⁵¹, enuncia al menos cinco criterios que pueden emplearse en la estimación o valoración de hipótesis científicas, a saber: (i) la atinencia; (ii) posibilidad de ser sometida a prueba; (iii) compatibilidad con hipótesis previas confirmadas; (iv) poder predictivo o explicatorio y (v) simplicidad.⁵²

En tercer lugar, Putnam señala que la renuncia explícita del conocimiento ético que implican las tesis del positivismo lógico, y en general, todas las diversas normas de relativismo y no cognitivismo, limitan el debate y la reflexión sobre las actividades humanas más fundamentales. Por su elocuencia, transcribimos las palabras del profesor de Harvard:

(...) descartar la idea misma de una controversia ética <<irresoluble racionalmente>> no implica adherirse al proyecto de resolver de hecho todos nuestros desacuerdos éticos, sino a la idea de que siempre existe la posibilidad de debatir y examinar más a fondo cualquier tema objeto de disputa, incluido el autoexamen socrático que acabo de mencionar. Lo peor de la dicotomía hecho/ valor es que en la práctica funciona como freno de la discusión, y no sólo de la discusión, sino del pensamiento.⁵³

La reflexión de Putnam no se detiene en este punto. Va más allá al sostener que si bien debe mirarse con las reservas ya apuntadas la multicitada dicotomía

⁴⁹ Putnam, Hilary, *El desplome de la dicotomía hecho/valor*, op. cit., supra 35, p. 45.

⁵⁰ Ibídem. p. 52.

⁵¹ Copi, Irving, *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, Eudeba, 1974, p. 488 y ss.

⁵² Ídem.

⁵³ Putnam, Hilary, *El desplome de la dicotomía hecho/valor*, op. cit., supra 35, p. 59. Así en el original.

hecho/valor, ello no es óbice para la consideración de que el sujeto cognoscente se encuentra inserto, y hasta cierto punto, moldeado por una cultura y una temporalidad específicas⁵⁴, que determinan en buena medida sus valoraciones éticas. Por ello, es fundamental la consideración del contexto histórico en donde se realizan los juicios y razonamientos éticos, al grado de que, según Putnam, respecto del conocimiento del ámbito ético, no pueden afirmarse los absolutos⁵⁵, dado que el concepto mismo de “absoluto moral”, es un concepto incoherente.

Cabe indicar que estas críticas al modelo positivista han tenido un acogimiento favorable dentro de las ciencias sociales, probablemente en razón de que es en éstas donde los postulados del positivismo lógico fueron adoptados con mayor decisión y firmeza. Un caso paradigmático es el modelo de ciencia económica surgido en el seno de esta tradición⁵⁶, que, de igual forma, considera al mundo de los hechos como totalmente desvinculado de cualquier valoración moral⁵⁷. Hoy en día los resultados de esa separación radical están a la vista, y no ha sido sino hasta fechas relativamente recientes en que han surgido esfuerzos teóricos serios por acercar economía y ética⁵⁸.

Sin lugar a dudas, la dogmatización de estas tesis ha traído consigo graves consecuencias para el pensamiento científico, en particular en las ciencias sociales, pues traza una frontera infranqueable entre hechos y valores, que ha resultado en una parcialización de la realidad que se pretende estudiar. Son bastante elocuentes las palabras del otrora profesor de Harvard:

Estas dos dicotomías, <<juicio de hecho *versus* juicio de valor>> y <<verdad de hecho *versus* verdad analítica>>, han pervertido nuestro pensamiento tanto en lo que concierne

⁵⁴ Putnam, Hilary, “La objetividad y la distinción ciencia/ética”, op. cit., p. 22

⁵⁵ *Ibidem*, p. 16

⁵⁶ Véase Stadler, Friederich, *El Círculo de Viena*, op. cit., supra 14, p. 12.

⁵⁷ Véase Escalante Gonzalbo, Fernando, *Historia mínima del neoliberalismo*, México, El Colegio de México, 2015, p. 70 y ss.

⁵⁸ Véase v.gr. Sen, Amartya, *La idea de la justicia*, México, Taurus, 2009. Cabe señalar que Putnam deriva buena parte de sus reflexiones sobre la dicotomía hecho/valor a partir de las sugerentes tesis defendidas por Amartya Sen para establecer un vínculo entre ética y economía. Sobre esto último, véase Moreso, José Juan, “Teoría del derecho y neutralidad valorativa”, op. cit., p. 180.

al razonamiento ético como a la descripción del mundo, impidiéndonos advertir que evaluación y descripción están entrelazadas y son interdependientes⁵⁹.

1.4 La crítica a la dicotomía hecho/valor en la filosofía jurídica.

En el contexto particular de lo jurídico, las críticas antes descritas son trascendentales. En un interesante artículo denominado “Juicios de valor, positivismo y relativismo moral”⁶⁰, el profesor Javier Esquivel destaca que la multicitada dicotomía hecho/valor o descripción/valoración pasa por alto que una descripción puede ser emotiva, y no por ello excluye su valor de verdad. La postura contraria conduce inevitablemente a un reduccionismo de la realidad, y se convierte necesariamente en una descripción parcial, incompleta, del mundo.

La indebida equiparación entre lo descriptivo y lo científico excluye en sí misma del conocimiento científico al ámbito ético, sin que este paso se encuentre justificado. Si bien es cierto, que las prescripciones no dicen nada sobre el mundo, sobre la realidad, ello no excluye la posibilidad de que los juicios valorativos tengan valor veritativo⁶¹.

En suma, la actividad descriptiva no tiene por qué excluir a las nociones morales, y de hacerlo, resulta necesariamente incompleta. Señala que:

Es también relevante notar que las descripciones pueden ser emotivas, por ejemplo, conmovedores, y de ninguna manera excluyen el uso de nociones morales. Más todavía, cualquier descripción de un ser humano, en particular de su personalidad y su carácter, es necesariamente incompleta si no se incluye una referencia a sus cualidades morales. Más todavía, cualquier descripción de un ser humano, en particular de su personalidad y carácter, es necesariamente incompleta si no se incluye una referencia a sus cualidades morales.⁶².

⁵⁹ Ídem.

⁶⁰ Véase Esquivel, Javier, “Juicios de valor, positivismo jurídico y relativismo moral” en *Racionalidad jurídica, moral y política*, México, Fontamara, 2001, p. 99 y ss.

⁶¹ *Ibidem*, p. 103.

⁶² *Ibidem*, p.101.

¿Qué decir entonces del derecho, como producto cultural y humano? La respuesta está a la vista. Por otra parte, surge nuevamente la cuestión sobre la utilidad que puede reportar el enfoque propuesto por esta postura filosófica, que sin ser aceptado dogmáticamente, debe tomarse en consideración en la tarea del teórico del derecho. Sostiene el profesor Esquivel:

En muchos autores la distinción entre descriptivo, prescriptivo y evaluativo tuvo propósitos muy sanos, como el de disipar la confusión entre leyes naturales y leyes jurídicas, así como el de posibilitar una posición neutral frente a los debates ideológicos, sobre todo en el terreno de las ciencias sociales. Esta oposición al dogmatismo desempeñaba un papel central, cayó, sin embargo en el relativismo moral⁶³.

En definitiva, negar la extensión de la racionalidad al ámbito ético es una salida fácil, pasa por alto la complejidad inherente del razonamiento humano y simplifica en exceso el problema. En ese sentido, resulta bastante ilustrativo lo señalado por el filósofo Mauricio Beuchot:

Creo que los dilemas y los problemas morales sí se resuelven, pero a condición de no “querer dar gusto a todos”; esto es, muchas veces las personas se ven impedidas para ver la objetividad y de allí se concluye que no puede haberla. Hay que distinguir entre ambas cosas. El que no todos la vean con igual claridad no implica que no haya objetividad posible en ellos.⁶⁴

Desde luego, no todo en esta postura ha sido negativo. Por el contrario, en su momento histórico, y aun actualmente, representa una firme oposición frente al imperialismo cultural, y el uso ideológico de la ciencia⁶⁵ Es por ello que sólo al término de nuestra investigación estaremos en posibilidad de formular un juicio sobre la trayectoria que ha seguido la teoría jurídica contemporánea en relación con la epistemología, y cómo los cambios de paradigma científico se ven reflejados en su contenido. En última instancia, se trata de responder a la pregunta sobre la postura que adopta las teorías del derecho frente a las cuestiones éticas y de justicia que son tan acuciantes en la sociedad actual, y que por largos años han

⁶³ *Ibidem*, p. 111.

⁶⁴ Véase Beuchot, Mauricio, “Sobre la distinción hecho/valor” en *Dianoia, Anuario de Filosofía*, XXXIX, p. 229.

⁶⁵ Putnam, Hilary, *El desplome de la dicotomía hecho/valor*, *op. cit.*, *supra* 35, p. 60.

sido pasadas por alto, menospreciadas, cuando no ignoradas por buena parte de los teóricos del derecho⁶⁶.

1.5 Consecuencias del abandono de la dicotomía hecho valor: el resurgimiento de la razón práctica.

El abandono de las tesis del positivismo lógico, en especial en el ámbito ético, si bien paulatino y todavía inacabado, ha permitido el resurgimiento de la noción de razón práctica como un elemento estructural para la explicación de la normatividad del derecho, al menos desde segunda mitad del siglo pasado. A partir de la reinterpretación de algunos de los tratados filosóficos de Aristóteles tuvo lugar la rehabilitación de la filosofía práctica⁶⁷, como reacción frente a la filosofía radicalmente empirista, en boga en ese entonces, que había convertido en dogma el postulado defendido por David Hume sobre que la “razón es perfectamente inerte”⁶⁸ frente a la acción, esto es, que carece de la facultad para motivar el comportamiento humano.

La recuperación de los conceptos de razón y razonamiento prácticos, como partes integrantes de una teoría más general sobre la acción, se tradujo en un enfoque novedoso para la explicación y comprensión de los fenómenos normativos, como la moral y el derecho. En efecto, al desechar la tesis, típicamente empirista, de que la razón humana desempeña, exclusivamente, una función especulativa, teórica, incapaz de motivar la acción, se dio paso a la elaboración de explicaciones más completas sobre las normas en general, y sobre el derecho en lo particular, así como de cómo las perciben y racionalizan sus destinatarios⁶⁹ al

⁶⁶ Al respecto, Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero apuntan que: “El ver lo valioso como derivado de lo ordinado, los juicios de valor como derivados de las directivas, y éstas como expresiones de una voluntad que esgrime una pretensión de autoridad ilimitada inhabilita al positivismo para intervenir completamente en algunas discusiones hoy centrales” en “Dejemos atrás el positivismo jurídico” *Isonomía*, num. 27, octubre 2007, p. 7-27.

⁶⁷ Para una explicación detallada véase: Saldaña Serrano, Javier, *Derecho natural, Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, México, UNAM, 2014, p. 39 y ss.

⁶⁸ Al respecto, véase: Edgley, R. “La razón práctica” en Raz, Joseph (compilador), *Razonamiento práctico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.

⁶⁹ Véase v.gr. von Wright, Georg Henrik, *Norma y acción*, Madrid, Tecnos, 1990.

pasar a formar parte de su razonamiento práctico. Así, al cuestionar y superar la existencia del supuesto abismo irreductible entre los mundos del ser y del deber ser, al que el positivismo jurídico de inspiración neokantiana había ceñido a la teoría jurídica, se dio pie a nuevas formas de entender el derecho, donde se reconsidera a la razón humana como capaz de llegar a conclusiones y conocimientos prácticos. Ello representó, más de lo que algunos teóricos estarían dispuestos a aceptar, una superación del paradigma positivista dominante hasta entonces.

Luego, si se deja de considerar a la razón como meramente especulativa, y se le reconoce capacidad para mover a la acción, entonces, el conocimiento práctico (valorativo) pasa a ocupar un lugar central en el razonamiento normativo, por lo que una explicación que se pretenda completa sobre el fenómeno normativo de cualquier tipo no puede dejar de considerar al razonamiento práctico, y en general a la teoría de la acción como una parte integral de su explicación, de cómo se desempeñan las normas en el razonamiento de sus destinatarios.

El profesor alemán Robert Alexy distingue al menos tres modelos a partir de los cuales es posible entender la noción de razón práctica⁷⁰, a saber: el modelo aristotélico, el hobbsiano y el kantiano. Cada uno de estos, abrega de un cuerpo doctrinario diferente e implica consecuencias diferentes, a veces radicalmente opuestas, respecto del contenido de la razón práctica y sus implicaciones en el comportamiento humano. A partir de dicha clasificación, el iusfilósofo Carlos I Massini, nos explica que desde la postura realista o aristotélica se reconoce en la razón humana la capacidad para conocer objetivamente en el ámbito ético, como expresión del bueno o de la perfección humana.⁷¹.

Desde una posición “instrumentalista” o humeana (dada su identificación con la postura escéptica sostenida por David Hume), la razón humana se desempeña sólo instrumentalmente, encaminada a la consecución de fines a través de los

⁷⁰ Véase Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1994, p. 133.

⁷¹ Véase Massini Correas, Carlos I, “Razón práctica y objetividad del derecho”, *Sapientia*, Buenos Aires, vol V. LIX, 2004, p. 226, citado por Saldaña, Javier *op. cit., supra* 67, p. 40.

medios más efectivos⁷². Como consecuencia natural del escepticismo ético que sirve de telón a la postura instrumentalista, la fijación de los fines perseguidos sólo se da en atención a los deseos y sentimientos del agente en cuestión, por lo que la razón práctica se encuentra desde esta perspectiva vaciada de contenido ético.

La postura “trascendental-constructivista” es resultado de la reformulación de ciertos postulados kantianos por parte de algunos filósofos del siglo XX, y apunta hacia la pretensión de cierto grado objetividad en el ámbito ético. Sin embargo, ésta se encuentra determinada por reglas dialógicas, y encuentra, como fundamentación última, el consenso de los participantes.

A lo anterior puede añadirse el modelo “irracionalista” identificado con el pensamiento de Friederich Nietzsche y Sigmund Freud donde se considera que la razón humana es incapaz de acceder al conocimiento objetivo de la realidad, luego entonces, no existe la posibilidad de establecer criterios objetivos de conducta que puedan ser universales⁷³. Como puede verse, hablar de razón práctica dentro de este conjunto filosófico no es más que un sinsentido pues excluida la posibilidad de que la razón humana tenga acceso al conocimiento, no hay lugar para hablar de un conocimiento práctica o prudencial.

De la sucinta descripción que antecede respecto de las cuatro formas en que es posible entender a la razón práctica puede obtenerse: (i) No es posible hablar de “razón práctica” dentro de cualquier doctrina filosófica, algunas de ellas, como la llamada irracionalista, dado su escepticismo radical, rechazan la idea misma de la existencia de una razón práctica y un saber prudencial; y (ii) aún cuando el concepto de razón práctica es plenamente aceptado en algunas posturas filosóficas, no en todas se encuentra dotado de contenido ético, como es el caso de las posiciones instrumentalistas.

Este último punto es sumamente relevante para entender el estado actual de la cuestión pues aun cuando algunas teorías jurídicas incorporan a su explicación la

⁷² *Ibidem* p. 41.

⁷³ *Ídem*.

noción de razón para la acción, la despojan de todo contenido ético, con lo que limitan, y en cierto sentido tergiversan, el poder explicativo de este concepto.

1.6 ¿Se está frente a un cambio de paradigma filosófico?

El profesor finlandés Georg H. von Wright, propone, en su *Explicación y Comprensión*⁷⁴, una esquematización sobre las distintas tradiciones que pueden distinguirse dentro de la historia de la ciencia. Según este autor, dentro de la historia de las tradiciones científicas pueden distinguirse dos tradiciones, que en cierto sentido, comprenden a todas las demás: la tradición aristotélica o teleológica y la galileana o causal.

Como su nombre lo indica, cada una de estas tradiciones se caracteriza por el tipo de respuesta que ofrece frente a los fenómenos (sociales o naturales) que pretende explicar, y en general, por su concepción del mundo. Mientras para la tradición aristotélica el mundo es visto esencialmente como un conjunto de hechos tendientes a una finalidad determinada, en la que cabe indagar sobre los principios, verdaderos y evidentes, que estructuran la explicación científica (función asignada a la metafísica)⁷⁵; para la tradición galileana, la realidad sólo es inteligible si se entiende como un conjunto de causas y efectos, bajo una perspectiva mecanicista de la naturaleza. En general, cada una de estas tradiciones responde a un ideal de ciencia diverso, por lo que la expectativa frente a la explicación que puede, y debe, ofrecer la ciencia es esencialmente distinta, e incluso contrapuesta.

En el caso de la tradición aristotélica, el objetivo de la ciencia es conseguir explicaciones “finalistas” de los hechos, entendidos como tendientes a fines; mientras que en el modelo galileano, acorde con su origen moderno, el objeto de la ciencia son las explicaciones causales de los fenómenos, sin preguntarse más

⁷⁴ von Wright, Georg, *Explicación y comprensión*, op. cit., supra 17, p. 19 y ss.

⁷⁵ Cfr Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002, p. 83.

allá⁷⁶. Así, cada una de estas tradiciones define claramente su postura sobre el quid de la actividad científica y el ideal científico. Señala von Wright:

El contraste entre ambas tradiciones es caracterizado habitualmente en los términos de explicación causal versus explicación teleológica. También se ha llamado mecanicista al primera tipo de explicación, finalista al segundo. La galileana en el ámbito de la ciencia discurre a la par que el avance de la perspectiva mecanicista en los esfuerzos del hombre por explicar y predecir fenómenos, la tradición aristotélica discurre al compás de sus esfuerzos por comprender los hechos de modo teleológico o finalista⁷⁷.

Ahora bien, el modelo explicativo característico de la tradición finalista o aristotélica está constituido por el razonamiento práctico, entendido como el resultado de una inferencia práctica que conlleva la afirmación de una conclusión⁷⁸; mientras que para el ideal galileano, el modelo explicativo es la “teoría de la subsunción”, entendida como la inmersión de un caso particular en una ley general⁷⁹. Sostiene von Wright:

El razonamiento práctico reviste gran importancia para la explicación y comprensión de la acción. Es un principio del presente trabajo la tesis de que el silogismo práctico provee a las ciencias del hombre de algo durante mucho tiempo ausente de su metodología: un modelo explicativo legítimo por sí mismo, que constituye una alternativa definida al modelo de cobertura legal teórico subsuntiva. En líneas generales, el silogismo práctico viene a representar para la explicación teleológica y para la explicación en historia y ciencias sociales, lo que el modelo de subsunción teórica representa para la explicación causal y para la explicación en ciencias naturales⁸⁰.

Pues bien, este es el trasfondo de todo el desarrollo científico conocido por el mundo en los últimos dos milenios. Durante siglos, la preeminencia del modelo aristotélico definió los objetivos, resultados y paradigmas de la actividad científica; con la inauguración de la era “moderna” este paradigma fue sustituido con el

⁷⁶ von Wright, Georg, *Explicación y comprensión*, *op. cit.*, *supra* 17, p. 20.

⁷⁷ Ídem.

⁷⁸ Ibídem, p. 49. Por su parte, Joseph Raz enseña que el razonamiento práctico, “es la transición (no necesariamente consciente) que va de creer en las premisas a la aceptación de la conclusión putativa de una inferencia práctica”, véase Raz, Joseph, “Introducción”, en Raz Joseph (coord.) *Razonamiento práctico*, *op. cit.*, *supra* 68, p. 16.

⁷⁹ Ídem.

⁸⁰ von Wright, Georg, *Explicación y comprensión*, *op. cit.*, *supra* 17, p. 49.

modelo galileano, que, con variantes importantes, de las que adelante nos ocuparemos en el capítulo 2, ha desembocado en el empirismo y el positivismo.

En este sentido, los profesores Alchourrón y Bulygin añaden una división ulterior, en la que cabe distinguir entre ciencia racional y ciencia empírica. La primera guarda una importante relación con el ideal aristotélico de ciencia y su arquetipo, que es la matemática; mientras que la segunda de las mencionadas es mejor representada por la física y es esencialmente experimental⁸¹.

Siguiendo con la exposición de von Wright, es de señalarse que tras el auge del positivismo, digno representante de la tradición galileana, a finales del siglo XIX tuvo lugar el surgimiento de una filosofía de corte idealista o hermenéutica, caracterizada por una preocupación genuina de comprensión de los fenómenos sociales que se propone explicar⁸². Es en este momento histórico donde aparece la distinción entre explicar y comprender. Mientras explicar, como actividad científica, atiende únicamente a las causas “externas” de los fenómenos, principalmente naturales, que se estudian, comprender implica una forma de empatía con el objeto estudiado, que atiende a las intenciones de los agentes que forman un hecho social⁸³. Sobre este punto volveremos con mucho mayor detenimiento en un capítulo posterior.

Complementaria de esta interpretación sobre la historia de las tradiciones científicas propuesta por von Wright, se encuentra la explicación de Thomas Kuhn, sobre las condiciones de posibilidad e implicaciones de las llamadas revoluciones científicas. Según Kuhn, las ciencias funcionan a partir de paradigmas y ciencias normales. Los primeros gozan de una amplitud tal que permiten el desarrollo de diversas teorías en su seno, esto es, “son capaces de articular un conjunto coherente de respuestas y de servir como marco de referencia a la comunidad de los científicos en un determinado momento temporal”⁸⁴. Mientras que la ciencia

⁸¹ Cfr Alchourrón, Carlos E y Bulygin, *Introducción a la metodología*, op. cit., supra 75, p. 84.

⁸² von Wright, Georg, *Explicación y comprensión*, op. cit., supra 17, p. 23.

⁸³ *Ibíd*em p. 24.

⁸⁴ Véase Serna, Pedro, *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos*, op. cit., supra 10, p. 8.

normal “no aspira a obtener novedades importantes, sino a resolver enigmas o “acertijos” dentro del marco teórico proporcionado por el paradigma”⁸⁵. El profesor estadounidense lo expone de la siguiente manera:

Pues bien, cuando en la comunidad científica surge la percepción de que el marco teórico referencia ya no es capaz de responder satisfactoriamente a las preguntas que plantea el objeto estudiado en un momento históricamente determinado, ocurre un cambio de paradigma⁸⁶, y con ello, una revolución científica. Cabe indicar que el cambio de paradigma no implica negar absolutamente el paradigma pasado, sino que con frecuencia integra elementos del anterior⁸⁷.

El profesor Pedro Serna, propone, guardadas ciertas proporciones, trasladar el modelo de paradigmas y ciencias normales de Thomas Kuhn a la filosofía del derecho⁸⁸, por lo que se señala:

¿Cuáles son las teorías matrices o los paradigmas del pensamiento jurídico contemporáneo? No parece muy arriesgado señalar que al iusnaturalismo como el paradigma o modelo inicial, procedente de la Edad Moderna, y a la disciplina académica denominada “Derecho natural” como su reflejo académico. Su crisis determinó que el positivismo jurídico se alzara como paradigma, engendrando por una parte a la Teoría general del Derecho (*Allgemeine Rechtslehre*), y por otra a una Filosofía del Derecho de perfiles peculiares. Finalmente, la crisis del positivismo ha dado lugar a una serie de modelos teóricos, como las teorías de la argumentación, la Hermenéutica, o ciertas versiones de la Filosofía analítica, que tratan de alzarse como paradigmas y de generar en torno a sí mismas nuevas disciplinas académicas, a las que se suele llamar Teoría del Derecho, para diferenciarlas de la Teoría general y de la Filosofía del Derecho⁸⁹.

De esta manera, es legítima la pregunta sobre si la crisis del positivismo jurídico, de la que habla el profesor Serna, representa un nuevo cambio de paradigma en la filosofía del derecho. Si la respuesta es afirmativa, surge la cuestión sobre cuál

⁸⁵ Ibídem p. 9.

⁸⁶ ídem

⁸⁷ ídem

⁸⁸ Ibídem p. 10- 11- Indica Serna: Si se toman en cuenta todos estos factores, lo más razonable será concluir que en el ámbito filosófico hay también ciertos modelos o paradigmas y que en el plano académico existe incluso una cierta comunidad, más difusa y, desde luego, menos institucional que la de los científicos p. 11.

⁸⁹ Ibídem, p. 12.

sea el paradigma del pensamiento jurídico contemporáneo vigente hoy en día, ¿es posible ubicar sólo un paradigma?, y más aún, ¿en qué momento histórico ubicar la transición o el surgimiento del nuevo paradigma? En lo sucesivo intentaré dar respuesta a estas preguntas.

CAPÍTULO 2

ANTECEDENTES

Los juicios de valor en la historia de la filosofía del derecho

2.1. Introducción

La tesis de la neutralidad valorativa, como hoy la conocemos, se ha configurado a partir de diferentes cuerpos de doctrina, destacadamente, los empiristas, utilitaristas, y propiamente positivistas, en boga durante los siglos XVII, XVIII y XIX, respectivamente. En el presente capítulo realizó un breve recorrido por la historia de las ideas que han dado forma a dicha tesis, así como de las circunstancias sociales y políticas en que surgieron, pues éstas revisten particular importancia a la hora de intentar explicarlas y de evaluar su vigencia. Aunque es posible rastrear los orígenes relativistas que subyacen a la tesis en estudio, incluso en las antípodas del pensamiento filosófico occidental⁹⁰, para los objetivos de la presente investigación bastará con hacer una mención somera de los antecedentes remotos, para enfocarnos con mucho mayor detenimiento en los más inmediatos. Para ello, tomo como eje explicativo el cisma filosófico que significó la irrupción, en el siglo XVI, del pensamiento cartesiano y el ideal de ciencia que trajo consigo, seguido de la aparición del empirismo, pasando por su refinación positivista, y hasta el utilitarismo de Jeremy Bentham y, su discípulo John Austin.

En definitiva, la historia del surgimiento y auge de la tesis de la neutralidad valorativa es también la que abona la explicación de su relativo abandono ante la necesidad de dar cuenta de cambios sustanciales ocurridos en el seno de las sociedades modernas, tales como la forma y organización estatal, el surgimiento

⁹⁰ Basta recordar que la noción de razón práctica, así como su elaboración dentro del modelo más general del silogismo práctico, provienen de Aristóteles. Ha sido la filosofía analítica del siglo pasado la que las ha recuperado, y en cierta medida reformulado, vaciándolas del fuerte contenido ético con que habían sido concebidas por el fundador del Liceo. Véase von Wright, Georg, *Explicación y comprensión*, *op. cit.*, *supra* 17, p. 48.

de instrumentos internacionales de derechos humanos y diversificación de las fuentes de creación del derecho.

2.2 Antecedentes remotos.

Es normalmente aceptado que la filosofía cartesiana representa un punto de quiebre en la historia de la filosofía occidental. Aunque, ciertamente, ya en algunos filósofos anteriores puede rastrearse el relativo abandono de la metafísica realista de corte aristotélico⁹¹, vigente hasta entonces, es con René Descartes donde tiene lugar el surgimiento del idealismo como corriente filosófica concreta que se plantea dar una respuesta a los problemas de la teoría del conocimiento.

El surgimiento de la filosofía cartesiana, aunque sin abandonar del todo a la metafísica aristotélica, representa la sustitución del problema filosófico clásico, esto es, el problema metafísico, por un problema de orden epistemológico: sobre qué puede conocerse. En ese sentido, apunta el profesor Llano que

En el planteamiento realista, la gnoseología no tiene la preeminencia que se le atribuye en los idealismos. No se comienza por una inviable discusión radical del valor del conocimiento, sino que se parte de su pacífica posesión, con el empeño de investigar la verdad de las cosas. Esta manera de proceder puede hoy resultar extraña, pero lo cierto es que responde a la dinámica natural del conocer humano⁹².

Pues bien, es en este empeño como la filosofía poco a poco, pero decididamente, toma distancia de la metafísica realista para encaminarse por el sendero del idealismo, y con posterioridad, del empirismo, hasta llegar en su punto más álgido a la filosofía de David Hume. Con este enfoque, la razón humana se vuelca sobre

⁹¹ El profesor A. Morente resume en forma clara los postulados principales de esta forma de entender el conocimiento: "Primera tesis: existen las cosas. Segunda tesis: existen las cosas como inteligibles; es decir, que además de ser consisten; además de ser, son esto o aquello; tienen una esencia y son inteligibles. Tercero. Existe inteligencia, pensamiento, Dios, como quieran llamarlo. Cuarto: El hombre es una de las cosas que existen. Quinto: El hombre es inteligente relativamente, es decir, participa de la inteligencia que existe. Sexto: El hombre conoce que las cosas son y lo que las cosas son. Séptimo: la actividad suprema del hombre consiste en el conocimiento". Véase Morente, A. *Lecciones Preliminares de Filosofía, op cit., supra* 39, p. 106 y ss.

⁹² Llano, Alejandro, *Gnoseología*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1998, p. 21

sí misma y se muestra autónoma frente a la realidad exterior. En cualquier caso, se trata de eliminar de la filosofía la noción de “*cosas en sí*”⁹³

En relación a la filosofía de Descartes, señala el profesor Francisco Carpintero Benítez:

Él encerró al hombre en el interior de su racionalidad: de puertas para adentro, la razón conoce cuerpos simples, y no puede dudar de su objetividad o validez racional: no objetividad en absoluto o “metafísica” como afirmaban los escolásticos como Gabriel Vázquez o Luis de Molina, sino objetividad simplemente para la mente. Siguiendo viejas incitaciones de la Escuela de los Nominales, puso las bases para separar al hombre de su entorno exterior, y el ser humano quedó atrapado en un mundo puramente simbólico de ideas claras y cumple cuya validez-¿cuya existencia?- no podía ser puesta en duda⁹⁴.

Es en este contexto donde tiene lugar el surgimiento del empirismo inglés, uno de los antecedentes principales de la filosofía científica del siglo XX que vamos a analizar más adelante. Incluso, aunque no sin hacer abstracción de diferencias importantes, puede dibujarse una línea de continuidad entre la filosofía cartesiana, y el surgimiento del empirismo inglés, desde John Locke y el obispo George Berkeley hasta David Hume. Sobre este último, son ampliamente conocidas sus explicaciones sobre las impresiones y las ideas; su negación del concepto filosófico de “sustancia” y del “yo”, así como su explicación sobre la causalidad y la “creencia” en el mundo, por lo que no es el caso de intentar abordarlas⁹⁵.

La filosofía de Hume implica una negación absoluta de los problemas metafísicos, y en su lugar, apuesta por la incorporación de un psicologismo radical que elimina de un plumazo a la lógica y la ontología. Dichas características configurarían, con el tiempo, el escenario perfecto para el surgimiento del positivismo como

⁹³ Véase la ilustrativa explicación que sobre el particular ofrece Morente, A. *Lecciones Preliminares de Filosofía, op. cit., supra* 39, p. 155.

⁹⁴ Carpintero, Francisco, *Dogmas y Escepticismo*, México, Porrúa, 2013, p. 32, p. 15

⁹⁵ El profesor Morente, resume en forma particularmente clara las consecuencias de la postura humeana cuando, en vía de ejemplo, señala que “*Yo estoy convencido de que mañana sale el sol; pero es nada más que porque estoy acostumbrado a verlo salir todos los días. Una razón no la hay. Que a la causa siga el efecto está bien, porque yo estoy acostumbrado constantemente a ver que el efecto B sobreviene siempre que se produce la causa A; pero no existe una razón que haga de la relación causal, una relación apodíctica*”. Véase Morente A. *Lecciones preliminares, op. cit., supra* 39, p. 152.

filosofía⁹⁶. En resumen, podemos señalar que las notas características del empirismo inglés son su acentuado psicologismo, esto es la actitud filosófica que ve en el conocimiento “pura psicología”, despojando a éste de su carácter lógico y ontológico⁹⁷; el sensualismo, es decir, en la actitud filosófica que hace radicar el origen de todas las ideas en las sensaciones, en la experiencia de los sentidos, así como su inmaterialismo. En otras palabras, y siguiendo al profesor Nicola Abbagnano, el empirismo puede identificarse con base en los siguientes rasgos:

- 1) Apelación a la experiencia como criterio único de la verdad;
- 2) Negación del absolutismo de la verdad accesible al hombre; y
- 3) Negación de conocimientos innatos y de lo “suprasensible”⁹⁸.

Lo anterior nos ayuda a entender con mucha mayor claridad la postura de Hume frente a los problemas éticos. Para ello conviene recurrir a uno de los textos filosóficos que han tenido una mayor influencia en toda la historia de la filosofía de la filosofía occidental. Se trata de uno de los pasajes de su Tratado sobre la Naturaleza Humana, donde Hume señala que:

En todo sistema moral de que haya tenido noticia, hasta ahora, he podido siempre observar que el autor sigue durante cierto tiempo el modo de hablar ordinario, estableciendo la existencia de Dios o realizando observaciones sobre los quehaceres humanos, y, de pronto, me encuentro con la sorpresa, de que, en vez de las cópulas habituales de las proposiciones: es y no es, no veo ninguna proposición que no esté conectada con un debe o un no debe. Este cambio es imperceptible, pero resulta, sin embargo, de la mayor importancia. En efecto, en cuanto que este debe o no debe expresa alguna nueva relación o afirmación, es necesario que ésta sea observada y explicada y que al mismo tiempo se dé razón de algo que parece absolutamente inconcebible, a saber: cómo es posible que esta nueva relación se deduzca de otras totalmente diferentes. Pero como los autores no usan por lo común de esta precaución, me atreveré a recomendarla a los lectores: estoy seguro de que una pequeña reflexión sobre esto subvertiría todos los sistemas corrientes de moralidad, haciéndonos ver que la

⁹⁶ Cfr. *Ibíd.*, p. 153.

⁹⁷ Véase *Ibíd.*, p. 142.

⁹⁸ Cfr voz “Empirismo” en Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 342.

distinción entre vicio y virtud, no está basada meramente en relaciones de objetos, ni es percibida por la razón⁹⁹.

El profesor John Finnis ha demostrado suficientemente que la acusación contenida en el párrafo transcrito en contra de los sistemas morales que transitan indebidamente de hechos a deberes tenía como destinatarios a los filósofos racionalistas de la época de Hume¹⁰⁰, particularmente, a la filosofía moral de Samuel Clarke. Sin embargo, la crítica enderezada por Hume se ha convertido en el argumento central de los defensores de la tesis de la radical dicotomía entre ser y deber ser (al grado en que en ciertos círculos académicos se le conoce como “ley de Hume”), así como de su incomunicabilidad irreductible¹⁰¹.

2.3. Antecedentes positivistas.

El surgimiento del positivismo, como corriente de pensamiento filosófico más o menos estructurada, es inconcebible sin el empirismo inglés que acabo de describir en el apartado anterior, y si bien existen importantes diferencias entre una y otra corrientes, ambas constituyen notables antecedentes de la tesis de la neutralidad valorativa.

La periodización que el profesor Carlos Ulises Moulines establece de la tradición positivista resulta bastante iluminativa en relación a nuestro tema. En la misma pueden distinguirse tres diferentes momentos o etapas, a saber:

- a) El protopositivismo
- b) El positivismo clásico

⁹⁹ Hume, David, *Tratado de la naturaleza humana*, edición de F. Duque, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 633-634.

¹⁰⁰ Véase Finnis John, *Ley natural y Derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pp. 75 y ss.

¹⁰¹ Véase Saldaña, Javier, “Descripción vs valoración. Las respuestas de John Finnis al desafío de la falacia naturalista” en Etcheverry, Juan B., *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*, México, UNAM, 2013, pp. 73-84.

c) El positivismo crítico¹⁰².

Según el profesor Moulines, ya en la primera etapa del positivismo es posible rastrear su vinculación con el empirismo inglés y el movimiento ilustrado identificado con D'Alembert, Turgot y Condillac. Aunque es importante no perder de vista que no hay en los "protopositivistas" una conciencia y una actitud propiamente positivista, entendida como preocupación por la metodología científica, pues no es sino hasta el surgimiento de la ciencia natural exacta a mediados del siglo XVIII, en que puede hablarse, coherentemente, de positivismo "científico"¹⁰³ Se trata, más bien, de una actitud antimetafísica y antirreligiosa, muy acorde con el espíritu de aquellos tiempos. Sobre esta importante acotación señala el profesor venezolano:

Dicho de otro modo, sólo a partir del momento en que el intelectual occidental fue plenamente consciente de la existencia de la explicación científica del mundo como algo radicalmente nuevo y distinto de los tipos anteriores de explicación (sentido común, metafísica,- incluida la metafísica materialista o mecanicista-, teología) pudo surgir la actitud "filocientífica" propia del positivísimo, y su deseo de exponer ese tipo de explicación "en su estado puro", libre de las impurezas acientíficas que todavía contenía. En este sentido se distingue claramente el positivismo del empirismo clásico: este último está basado más en un análisis del conocimiento común que en una preocupación por las ciencias exactas¹⁰⁴.

Es justamente en esta preocupación central por la metodología científica, propia del positivismo, donde radica su diferencia con el empirismo inglés del que nos ocupamos líneas arriba, pues dicho rasgo cobrará una importancia central para la comprensión del positivismo del siglo XX.

Según Moulines, ya en esta primera etapa, destaca el rechazo por la pregunta sobre la esencia de las causas físicas, así como el rechazo contundente a las explicaciones teleológicas, metafísicas y teológicas de los fenómenos¹⁰⁵. La

¹⁰² Véase Moulines, Carlos Ulises, "La génesis del positivismo en su contexto científico" *Dianoia*, Vol. 21, no 21, 1975, pp. 31-49.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 33.

¹⁰⁴ *Ibidem*, op. cit. p. 34.

¹⁰⁵ *Ídem*.

segunda etapa dentro del desarrollo del positivismo es inaugurada por la imponente figura de Augusto Comte, en quien puede identificarse al fundador del positivismo como sistema filosófico y metodología¹⁰⁶. Es harto conocida la aspiración de Comte de construir una ciencia social tan exacta como las ciencias naturales, ideal que cobra toda su significación si se considera la “mistificación” en que se había convertido la ciencia natural de su época, fuente exclusiva de todo progreso humano. En suma, el ideal de ciencia comtiano puede resumirse como la descripción sistemática y exacta de los fenómenos, con miras a realizar predicciones futuras y actuar sobre la naturaleza. En Comte, como en sus discípulos, destaca la clara exclusión de la pregunta sobre las causas “ocultas” de los fenómenos, y la caracterización de las matemáticas como el lenguaje conceptual de toda ciencia¹⁰⁷.

El paso hacia el tercero de los estadios del positivismo, el positivismo crítico, se ve marcado por el rechazo de algunas de las principales tesis comtianas, como fueron su sistematismo filosófico, el supuesto de la validez incontrovertible de las leyes generales postulado por Comte, así como su fe ciega en el progresismo científico. Antes bien, dichos postulados fueron vistos por los positivistas críticos como nuevos dogmatismos que debían ser rechazados. Sin embargo, cabe indicar que la ruptura no es total, ni mucho menos. Por el contrario, desde el positivismo crítico es posible seguir una línea de continuidad hacia el positivismo comtiano y regresar hasta el protopositivismo¹⁰⁸.

Esta nueva etapa de la tradición positivista es inaugurada por el notable físico Ernst Mach. Es importante destacar la formación de Mach como físico, pues a partir de esta etapa, los filósofos que dieran el principal impulso al positivismo serían, a su vez, notables físicos, en su mayoría de origen alemán. Entre ellos se encuentran, además de Mach, Hermann Helmholtz, Gustav Kirchhoff y Heinrich Hertz, entre otros¹⁰⁹. Sobre este nuevo esfuerzo positivista Moulines enseña que:

¹⁰⁶ Cfr. *Ibídem* op. cit., p. 36.

¹⁰⁷ Cfr. *Ibídem*, p. 38.

¹⁰⁸ En un sentido similar: von Wright, George, *Explicación y comprensión*, op. cit., *supra* 17, p. 21.

¹⁰⁹ Cfr. Moulines, “La génesis del positivismo en su contexto científico”, op. cit., p. 40.

Su programa era el de una reconstrucción crítica y unificada del conocimiento empírico, crítica en el sentido de eliminar toda la oscuridad metafísica de la ciencia, unificada en el sentido de considerar que la base del conocimiento empírico debe ser común a todas las ramas científicas. Combatir la metafísica seguía siendo su objetivo, al igual que Comte, sólo que ellos veían la metafísica allí donde Comte no la suponía: en los fundamentos de la ciencia misma, y en particular en la Ciencia aparentemente más “madura”, la mecánica¹¹⁰.

Sobre el desarrollo de esta última etapa positivista fueron determinantes los notables avances de la física que tuvieron lugar a finales del siglo XIX, lo que configuró, en último término, el cariz definitivo del positivismo crítico. Sobre el particular señala Moulines:

En todos estos autores hallamos puntos de vista de tono claramente positivista: una actitud negativa hacia los conceptos de fuerza y de causa física; la admisión de la necesidad de lograr una unificación lógica de las diversas ciencias; la tesis de que sólo los hechos directamente observables son de fiar; el rechazo decidido de cualquier forma de metafísica; la acentuación del valor práctico-biológico de la ciencia; la tarea primordial de la ciencia no es explicar los fenómenos, sino describirlos con la máxima precisión posible para hacer predicciones que nos permitan actuar en consecuencia.¹¹¹

Como se ve, es en esta última etapa del positivismo donde termina de definirse el positivismo como hoy lo entendemos, y desde donde ejercería su influencia, particularmente, en la ciencia jurídica del siglo XX. Hay en este positivismo un decidido rechazo hacia la metafísica, así como una priorización de la descripción como función casi exclusiva de la ciencia, por encima de su labor explicativa. Sobre esto último debe precisarse que, la labor explicativa es entendida por el positivismo como una tarea esencialmente predictiva, esto es, un “*ver para prever*”, que permita el dominio de los fenómenos.

A lo anterior debe agregarse, como características esenciales del positivismo, su monismo metodológico, entendido como la pretendida unidad del método científico por encima de la diversidad de fenómenos que pueden ser objeto de la

¹¹⁰ Ídem.

¹¹¹ Ibídem, op. cit., p. 41

investigación científica¹¹²; así como su pretensión de que sean las ciencias naturales “exactas” las que fijen por antonomasia el “ideal” de ciencia al que las demás deben ceñirse y alinearse, dado su mayor grado de desarrollo alcanzado en el devenir histórico¹¹³.

Cabe señalar que si bien es cierto que el positivismo como corriente filosófica históricamente existente es distinto del positivismo jurídico, como corriente de reflexión iusfilosófica, existen importantes puntos de contacto y condicionamientos que tuvieron el efecto de influir el uno en el otro mutuamente. Más aún, se trata de posiciones filosóficas coincidentes temporalmente, y que respondieron a circunstancias políticas y económicas de su época. Sobre el particular, enseña el profesor argentino Eugenio Bulygin:

El pensamiento jurídico moderno esta (sic) marcado por tres eventos históricos de capital importancia: la Ilustración, la Revolución Francesa y la codificación napoleónica. Los pensadores de la Ilustración desarrollaron las ideas rectoras referentes a la organización política y jurídica de la sociedad que siguen vigentes, aunque no sin modificaciones, hasta nuestros días. Entre estas ideas cabe destacar la soberanía del pueblo, la democracia representativa, la división de poderes, y el constitucionalismo. (...)

La Revolución Francesa dio el impulso decisivo para la realización práctica de estas ideas y la codificación napoleónica fue la culminación jurídica de este proceso de transformación política¹¹⁴.

Así pues, el surgimiento del positivismo jurídico respondió a la necesidad de proporcionar una explicación teórica del surgimiento del estado liberal que siguió a la Revolución Francesa, así como del establecimiento del legislador como cuasi única fuente del derecho, y la consecuente reducción de los jueces a meros aplicadores mecánicos de la ley¹¹⁵.

Como desvela el análisis anterior, el estudio del positivismo filosófico es un elemento esencial de la explicación del positivismo jurídico, pues comparten más

¹¹² Cfr. von Wright, Georg, *Explicación y comprensión*, op. cit., supra 17, p. 21.

¹¹³ Ídem.

¹¹⁴ Bulygin, Eugenio, *El positivismo jurídico*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2005, México, Ediciones Fontamara, 2006, pp. 62-63.

¹¹⁵ Ibídem p. 66.

de uno de sus postulados principales. El más destacado entre ellos, al menos para la presente investigación, es la marcada tendencia a la objetividad científica y la eliminación de elementos valorativos en el estudio científico, que son vistos como meras expresiones subjetivas sin sustento racional. Más allá de un mero rechazo a la metafísica, se trata de una profunda preocupación metodológica que se expresa como una priorización de la descripción como función exclusiva de la ciencia, por encima de su labor explicativa, aunque ello implique la renuncia parcial a un aspecto de la realidad.

Toca el turno de analizar los antecedentes de la tesis de la neutralidad valorativa en la filosofía del derecho propiamente dicha. Para ello, seguiremos en nuestra exposición al profesor Pedro Rivas, quien considera a Thomas Hobbes como el primer autor netamente positivista. Aunque la identificación del pensamiento de Hobbes dentro de esta corriente no está exenta de objeciones, puesto que él mismo reconocía la existencia de un derecho natural, resulta incontestable que en este autor se encuentran, aunque sea embrionariamente, las tesis centrales de todo el positivismo posterior. En ese sentido, es posible delinear una continuidad dentro la tradición positivista, que va de Thomas Hobbes, a Bentham, y de éste último a John Austin, y aunque algunas de las tesis principales de Austin serían rechazadas por los positivistas del siglo XX, por ejemplo su teoría imperativista, cabe extender la continuidad hasta Kelsen¹¹⁶.

2.4. Thomas Hobbes

Es normalmente aceptado que el pensamiento de Thomas Hobbes constituye, más que una filosofía jurídica, una filosofía de la política que persigue una finalidad esencialmente justificativa respecto del absolutismo monárquico de su época¹¹⁷. Sin embargo, el carácter comprensivo de su teorización lleva a Hobbes a analizar el fenómeno jurídico como una parte central de la sociedad que

¹¹⁶ Rivas, Pedro, *Retorno a los orígenes de la tradición positivista*, Madrid, Civitas, 2007, p. 18.

¹¹⁷ Cfr. Sabine, George, *Historia de la teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 354 y ss.

pretende explicar tendiente a la conservación del *statu quo* existente en la comunidad política.

Cabe hacer una precisión respecto de la importancia de la filosofía de Hobbes para el tema que venimos tratando. En su planteamiento, la función epistémica de la filosofía y el discurso legitimador del poder absoluto se encuentran imbricados a tal grado que el resultado es una filosofía totalmente coherente en apariencia, pero que se encuentra fundada sobre derivaciones ilícitas desde premisas estrictamente factuales (sobre la naturaleza del hombre) a conclusiones normativas, de obligación, lo que hace caer a Hobbes en la falacia naturalista¹¹⁸. Sobre el particular, nos explica el profesor Finnis:

A partir del influyente *De iure bellu at pacis* (1625) de Grocio, Locke y Pufendorf toman la idea, atractiva pero bastante opaca, de que la moral y los principios básicos del derecho son una cuestión de “conformidad con la naturaleza racional”. Estos autores nunca abordan en serio las preguntas relativas a cómo se conoce esa naturaleza y por qué es prescriptiva para toda persona. Hobbes afronta y contesta tales preguntas fundamentales. Sin embargo, sus respuestas tratan nuestro razonamiento práctico como si estuviese por completo al servicio de la motivación de pasiones sub-rationales, como el miedo a la muerte o el deseo de superar a los demás- motivos del mismo tipo que la tradición clásica considera que necesitan ser dirigidos por la captación por la razón de los fines últimos y mejores, de bienes verdaderos e intrínsecos, de razones realmente inteligentes para la acción-¹¹⁹.

El pensamiento filosófico de Hobbes tiene bases materialistas y es proclive a explicar la conducta humana en términos de relaciones físicas, como el movimiento, y determinada por causas externas¹²⁰. Dicha cosmovisión estrictamente fisicalista, como la llamaríamos actualmente, lo conduce a negar la existencia de cualquier criterio objetivo para distinguir sobre lo bueno y lo malo, puesto que la naturaleza física no proporciona ninguna noción al respecto¹²¹. Más aún, lo obliga a definir a la necesidad humana como el criterio determinante,

¹¹⁸ Cfr. Finnis, John, *Estudios de teoría del derecho natural*, México, UNAM, 2017, p. 19.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 20.

¹²⁰ *Ibidem* p. 355.

¹²¹ Cfr. Carpintero Benítez, Francisco, *La ley natural. Una realidad aún por explicar*, México, UNAM, 2013, p. 287.

último, de las deliberaciones del hombre, por lo que éste carece de una auténtica libertad de decisión. En tal virtud nos explica el profesor Carpintero Benítez:

Si ha negado la libertad en el sentido usual, carece de sentido también la noción del deber. Hasta entonces, la reflexión sobre el derecho había girado fundamentalmente sobre las condiciones que ha de reunir el derecho para *exigir* obediencia, tema que conocemos usualmente como el del deber jurídico. Pero si el hombre no es un ser libre, es ilógico hablarle de deberes, y Hobbes declara reiteradamente que el deber cumplir los *laws* no es otra cosa que el miedo al castigo previsto para el caso de su incumplimiento, de modo que se cumple el derecho no por razón del mismo derecho, sino por el castigo anexo a la ley. Hobbes no exigía que las personas *obedecieran* el derecho, sino que lo cumplieran¹²².

En su planteamiento, la existencia del derecho responde a la expresión de la voluntad del soberano de la comunidad exclusivamente, y tiene como objeto la preservación de valores sociales que permitan la convivencia civilizada de los hombres¹²³. Dicho criterio determina la concepción de Hobbes sobre el derecho, que entiende como un fenómeno meramente coercitivo, en el que la obligación jurídica existe únicamente cuando alguien, el soberano, está en posibilidad de infligir un daño al transgresor. En este sentido, apunta el profesor Rivas:

En definitiva, el concepto de Derecho de HOBBS, que se identifica con la tesis de las fuentes sociales, no es descriptivo sino normativo, y se establece en función de la tesis de la obediencia, que a su vez se asienta sobre la necesidad de garantizar ciertos valores sociales. En consecuencia, se rechaza esta tesis, o se matiza de algún modo, resulta afectado tal concepto, en mayor o menor medida.¹²⁴

Ahora bien, si, como postula Hobbes, el derecho es el que emana de la voluntad del soberano, entonces, no hay justicia sino como resultado de la ley positiva. Así, la ley constituye a la justicia, y fuera de aquella ésta no tiene lugar. Señala Hobbes:

En séptimo lugar, va anejo a la soberanía el poder absoluto de prescribir las reglas por las que los hombres sepan cuáles son los bienes que puedan disfrutar y qué acciones

¹²² *Ibíd*em, p. 288.

¹²³ *Ibíd*em, p. 18.

¹²⁴ *Ibíd*em, p. 26.

pueden realizar sin ser molestados por ninguno de sus co-súbditos. Y esto es lo que los hombres llaman *propiedad*. Pues antes de que fuese constituido el poder soberano, según ha quedado ya dicho, todos los hombres tenían derecho a todas las cosas, lo cual, necesariamente, era causa de guerra. Por tanto, siendo esta propiedad necesaria para la paz y dependiendo del poder soberano, es el acto de dicho poder para lograr la paz pública. Estas reglas de la propiedad, o del *meum* y el *tuum* y de lo *bueno* y lo *malo*, lo *legal* y lo *ilegal* en las acciones de los súbditos, son lo que constituye las leyes civiles, es decir, las leyes de cada Estado en particular...¹²⁵

De ello se sigue que el derecho establece valores propios (como la justicia), relativos solamente a la comunidad donde ese derecho es válido o reconocido como tal. Como puede verse, a las tesis hobbesianas subyace el relativismo ético y al único criterio que cabe apelar es a la voluntad del soberano.

En el pensamiento de Hobbes se encuentra germinalmente la tesis de las fuentes sociales, así la de la separación radical entre el derecho y la moral. Más aún, en este planteamiento ya es posible entender al derecho como un conjunto de mandatos de un soberano dirigidos a los súbditos, quienes tienen a su vez, la obligación moral de cumplir. El siguiente pasaje del Leviatán ilustra perfectamente el pensamiento de Hobbes:

En todos los Estados, el legislador es únicamente el soberano, ya sea éste un hombre, como ocurre en una monarquía, o una asamblea de hombres, como es el caso en una democracia, o en una aristocracia. Pues el legislador es que hace la ley, y es sólo el Estado el que prescribe y ordena la observancia de esas normas a las que llamamos ley. Por tanto, el Estado es el legislador. Por la misma razón, nadie puede derogar una ley ya hecha, excepto el soberano, pues una ley sólo es derogada por otra ley que prohíbe que la anterior se ponga en ejecución.

El soberano de un Estado, ya sea una asamblea o un hombre, no está sujeto a las leyes civiles. Pues como tiene el poder hacer y deshacer las leyes, puede librarse de estar sujeto a ellas cuando le plazca, derogando las leyes que le molestan y promulgando toras nuevas. Quien es libre, puede liberarse siempre que quiera; y tampoco es posible que

¹²⁵ Empleo la versión: Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*, Madrid, Editorial Gredos, 2012, trad. Carlos Mellizo, Segunda parte, Cap. 18, p. 145.

una persona esté sujeta a sí misma, pues quien puede obligar puede también liberar, y el que sólo está obligado a sí mismo no está obligado en absoluto.¹²⁶

Esta filosofía no puede sino conducir a un relativismo extremo y a la negación total del razonamiento práctico, como facultad autónoma del hombre, con lo que convierte a éste último en un autómatas que debe cumplir el derecho, sin más. Por tanto, está clausurada toda posibilidad de crítica racional del derecho, y menos aún la de desobediencia.

2.5 Jeremy Bentham.

Como ya mencionábamos, el primer positivismo (propositivismo, según la clasificación propuesta por Moulines) se encuentra en una deuda histórica con el espíritu de la Ilustración y el enciclopedismo. El ejemplo más ilustrativo de ello es el pensamiento de Jeremy Bentham, quien desarrolló su actividad intelectual bajo el claro influjo de la Ilustración europea, tanto de los ingleses Locke y Hume, como de los ilustrados franceses como D' Alembert, Voltaire, y destacadamente, Helvetius¹²⁷.

De los primeros, Bentham adopta sus tesis epistemológicas, por lo que se muestra declaradamente empirista frente a los objetos y alcances del conocimiento humano. Por tanto, su explicación sobre el derecho se encuentra formulada en términos de mandatos, castigos y recompensas, nociones todas ellas sobre las que es posible señalar un correlato empírico, sensorial, ya sea audible o visible. Es bastante ilustrativa la explicación de John Finnis:

Bentham (...) sostiene una metafísica radicalmente empirista según la cual la única realidad es la que puede percibirse a través de los sentidos y para la que los términos jurídicos (v. gr. <<derechos subjetivos>>) son sólo ficciones, porque no se corresponden con ninguna realidad palpable. Así, su Teoría del derecho es, en este aspecto, simplemente una descripción reduccionista para la que sólo existen términos, como

¹²⁶ *Ibíd.*, segunda parte, Cap. 26., p. 218

¹²⁷ Véase Moreso, José Juan, *La Teoría del Derecho de Bentham*, Barcelona, PPU S.A., 1992, p. 33.

<<mandato>>, que sí se corresponden con algo sensorial. Los signos audibles y visibles de una voluntad que conforman el contenido proposicional de un mandato sí impacta en el oído y afectan las emociones, teniéndose la experiencia de sentirse amenazado o de buscar algún tipo de ventaja o recompensa¹²⁸.

De igual forma, la teoría del derecho de Bentham se encuentra fuertemente influida por su relación con la moral utilitarista, que practicó cabalmente, y con la teoría de la acción. De la primera, Bentham adopta un patrón para la crítica de las instituciones y las conductas humanas. Éstas serán consideradas buenas o correctas en la medida en que satisfagan el principio de utilidad, mientras que serán malas o incorrectas en tanto se alejen de éste. De la teoría de la acción, extrae la premisa de que el hombre se encuentra frecuentemente motivado por las expectativas y los incentivos que se le presentan, y a partir de ellos dirige su conducta. En un famoso pasaje, cuya esencia subyace a todas sus ideas sobre moral y derecho, Bentham sostiene que:

La naturaleza ha situado a la humanidad bajo el gobierno de dos dueños soberanos: *el dolor y el placer*. Sólo ellos nos indican lo que debemos hacer y determinan lo que haremos. Por un lado, la medida de lo correcto y lo incorrecto y, por otro lado, la cadena de causas y efectos están atadas a su trono. Nos gobiernan en todo lo que hacemos, en todo lo que decimos y en todo lo que pensamos: todos los esfuerzos que podamos hacer para librarnos de esta sujeción, sólo servirán para demostrarla y confirmarla. Un hombre podrá abjurar con palabras de su imperio, pero en realidad permanecerá igualmente sujeto a él. *El principio de la utilidad*, reconoce esta sujeción y la asume para el establecimiento de este sistema, cuyo objeto es erigir la construcción de la felicidad por medio de la razón y la ley.¹²⁹

La suma de estos elementos en el pensamiento de Bentham lo lleva a concluir que la felicidad del hombre es el resultado de las expectativas que tiene sobre el futuro¹³⁰. Así, el Derecho aparece en escena como el instrumento que sirve a la creación, y concreción de las expectativas que el hombre crea para su propia vida. Al ser capaz de coordinar conductas, y generar seguridad sobre las expectativas

¹²⁸ Etcheverry, Juan B, "Entrevista a John M. Finnis" en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 35 (2012), pp. 859 a 867

¹²⁹ Bentham, Jeremy, "Introducción a los principios de la moral y la legislación" en Colomer, Josep M.(ed), *Bentham. Antología*, Barcelona, Ediciones Península, 1991, p. 45.

¹³⁰ Cfr Rivas, Pedro, *Retorno a los orígenes de la tradición positivista*, op. cit., supra 116, p. 31.

de todas las personas sujetas a él, el derecho tiende a garantizar la felicidad de las personas, si, y sólo si, es obedecido regularmente.

En el pensamiento de Bentham, el objeto y la finalidad del derecho están determinadas *ex ante* por el principio de utilidad: para conseguir la mayor felicidad del mayor número es indispensable el imperio del derecho, por lo cual, su obediencia juega un papel central para el sostenimiento del orden social, dado que su inobservancia conduce a resultados perjudiciales para todos. Por ello, diferenciar con precisión entre la crítica libre del derecho y su obediencia es fundamental, ésta última no debe sujetarse, en ningún caso, sólo al interés o utilidad individual y, menos aún, a valoraciones personales. El profesor Pedro Rivas lo explica en los siguientes términos:

Como hemos visto, sólo el Derecho puede coordinar conductas y crear expectativas seguras. La posibilidad de crítica a las leyes está siempre abierta, pero desde el punto de vista de su validez lo que debe hacerse es obedecerlas: <<Hay un modo en que la censura, la crítica de las leyes, perjudica, más que beneficia, y esto ocurre cuando se pone en duda su validez; me refiero al caso de que se abandone la cuestión de la conveniencia y se discuta sobre su conformidad>>. El derecho sólo sirve al nacimiento de expectativas si se respeta siempre y no sólo cuando coincida con un cálculo de utilidad que lo tome como una razón más. El Derecho es la Razón que hace posible el cálculo de consecuencias y no es una mera razón a sumar entre otras.¹³¹

En general, la teoría jurídica de Bentham está regida por criterios estrictamente empiristas, que determinan y delimitan el concepto de derecho en función de las tareas que efectivamente éste realiza en la realidad, como son coordinar conductas y crear expectativas seguras. Lo anterior, tiene el efecto de poder realizar predicciones sobre comportamientos futuros, que, en última instancia, den lugar a expectativas confiables. Enseña Finnis:

De este modo, se admite el concepto de mandato y, a partir de allí, se define al derecho como el contenido de un mandato y como el signo de una voluntad activa o como el conjunto de signos de una voluntad activa. Los signos son visibles y la voluntad activa es perceptible. A partir de esto, se advierte que el mandato puede ser positivo (<<haz

¹³¹ Ídem.

esto>>) o negativo (<<no hagas esto>>) y se alcanza un concepto de deber que corresponde a: <<Si no haces esto, sufrirás>>. Así, el deber sería reducido a una simple motivación para evitar algo desagradable o para obtener una recompensa (porque Bentham incluye a la recompensa como una especie de cuasi-sanción) y todos los demás términos jurídicos son ficciones)¹³².

Otro de los rasgos marcadamente empiristas de la filosofía benthamiana es el postulado sobre la forma en que el derecho se presenta en la realidad. Para el filósofo inglés, el derecho es básicamente un lenguaje formulado por quien tiene el poder para hacerlo, por tanto, consiste en un conjunto de enunciados y proposiciones, en forma de mandatos u órdenes, dirigidas a clases de personas. Luego, el estudio adecuado del derecho entendido como lenguaje sólo puede tener lugar a través del análisis conceptual, moralmente neutral, de las proposiciones en que se formula¹³³. El profesor H.L.A. Hart nos explica que:

It accounts for many important themes in his general theory including the form of his own definition of law. The terms that Bentham uses to define law are all flatly descriptive and normatively neutral: so whereas Hobbes had treated the commands of the Sovereign than make law as issued to those who are under an obligation to obey him, Bentham will have nothing of his antecedent obligation or the social contract alleged to generate it, and defines the Sovereign merely in the flat terms of the habits of obedience¹³⁴.

De esa forma, Bentham encuentra que el lenguaje del derecho no cuenta con un correlato empírico directamente contrastable, por lo que el método tradicional de definición, no resulta aplicable a éste.

For in the analysis of law and morals Bentham frequently insisted that many of the most problematic concepts are expressed in words such as 'right', 'duty', and 'obligation' which cannot be defined by ordinary methods as of the were like the names of concrete material things. It is a mistake to suppose that the same simple relationship exists between such words and reality as exists between a proper name and the bearer of the name¹³⁵.

¹³² Etcheverry, Juan B, "Entrevista a John M. Finnis", op., cit., p. 863

¹³³ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Juris Prudentia: More Geometrico*, México, Fontamara, 2013, op cit., p. 94.

¹³⁴ Hart, H.L.A., *Essays on Bentham, Jurisprudence and Political Theory*, New York, Oxford University Press, 1982, p. 28.

¹³⁵ *Ibíd*em, p. 43.

Este es el contexto en que surge la principal aportación de Bentham a nuestro tema: la separación entre el derecho que es, y el derecho que debe ser, dicho de otra forma, la separación entre la exposición del derecho y la crítica del mismo. Aunque Cesare Beccaria¹³⁶, ya había distinguido implícitamente años atrás entre estas dos funciones del estudio del derecho¹³⁷, Bentham recupera el legado de su maestro y le proporciona un perfil definido al distinguir claramente entre expository jurisprudence y censorial jurisprudence. Enseña el profesor H.L.A. Hart:

But Bentham admired Beccaria not only because he agreed with his ideas and was stimulated by them but also because of Beccaria's clear-headed conception of the kind of task on which he was engaged. According to Bentham, Beccaria was the first to embark on the criticism of law and the advocacy of reform without confusing this task with the description of the law that actually existed. He never pretended that the reforms which he advocated were already, in some transcendental sense, law or 'really' law; and so he made the distinction that Bentham himself continually stresses between what the is and what is ought to be, or, as Bentham often describes it, between 'expository jurisprudence' and 'censorial jurisprudence'¹³⁸

Así, mientras el expositor del derecho debe ceñirse a describir con la mayor claridad y precisión que le sean posibles lo que el derecho establece en un determinado estado o territorio, el censor del derecho debe desempeñar una función enteramente especulativa que permita guiar la función del legislador a futuro, indagando las bases para establecer el mejor derecho posible, bajo los parámetros del principio de utilidad. Bentham lo expresa en los siguientes términos:

El expositor, manteniéndose en su esfera de competencia, no tiene relación con otras facultades de la mente que la percepción, la memoria y el juicio; el censor, en virtud de los sentimientos de placer y disgusto que le producen los objetos sometidos a su examen, se halla influido por sus *afecciones*. El *ser* del Derecho es, en los diferentes países, enteramente distinto, mientras que lo que *debe ser* es, en todos los países, muy

¹³⁶ Tanto en lo relativo a la adopción del utilitarismo, como el único criterio ético válido para la evaluación de las normas jurídicas; como en su reformismo del sistema jurídico de su época, Bentham es un claro continuador de Beccaria. Véase Tamayo y Salmorán, Rolando, *Juris Prudentia: More Geométrico. Dogmática, teoría y meta teoría jurídicas*, op. cit., supra 133, p. 92.

¹³⁷ Cfr Hart, H.L.A., *Essays on Bentham*, op. cit., supra 134, p. 40 y ss.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 41.

semejante, Por eso, el expositor es siempre ciudadano de uno y otro país en particular, en tanto que el *censor* es o debe ser ciudadano del mundo. Al *expositor* corresponde exponer lo que el *legislador* y su subordinado, *el juez* , han hecho *previamente* ; al *censor* le corresponde indicar lo que el *legislador* debe hacer en el *futuro* .¹³⁹

El expositor del derecho puede realizar una descripción histórica del derecho, esto es, de los diversos ordenamientos jurídicos efectivamente existentes en la historia humana, o concretarse a exponer el derecho tal y como es actualmente, con una intención meramente demostrativa¹⁴⁰. Mientras tanto, el censor del derecho deberá, desde la trinchera utilitarista preferentemente, fijar las bases para la reforma de las instituciones que tanto preocupó a Bentham, al grado en que buena parte de su obra puede considerarse como censoria¹⁴¹ o de teoría de la legislación. Nos explica J.J. Moreso:

La jurisprudencia censoria, en Bentham, es una *teoría de la legislación* . Una teoría que se articula como una aplicación del utilitarismo a las tareas de legislar (y gobernar, en general). Y, por tanto, una teoría a favor de la reforma de las leyes y las instituciones, puesto que, según Bentham, las leyes y las instituciones de su época necesitaban ser cambiadas para conseguir los fines del utilitarismo: para conseguir la maximización de la felicidad.

Para Bentham, la legislación es un instrumento capaz de variar los intereses de los individuos haciéndolos conformar con el interés público. Es cuestión, básicamente, de que las leyes desincentiven (mediante la imposición de castigos) aquellas conductas contrarias a la maximización del bienes colectivo¹⁴².

La distinción entre jurisprudencia expositiva y censoria, central para toda la jurisprudencia analítica posterior, persigue dos objetivos. En primer lugar, busca levantar el velo con que el derecho aparece en la realidad, desmitificándolo¹⁴³, pues la idealización del derecho tiene un doble efecto perverso: impide la reforma jurídica e impide dilucidar lo que realmente el derecho es. Así, sólo el análisis del

¹³⁹ Bentham, Jeremías, *Fragmento sobre el gobierno* , Madrid, R.B.A. Proyectos Editoriales, S.A., 1985, p. 33.

¹⁴⁰ Cfr. Cruz, Luis M., "La ciencia del derecho de Jeremy Bentham" en *Persona y Derecho* , 37 (1997), pp. 153-181.

¹⁴¹ Cfr. Ibídem, p. 77.

¹⁴² Moreso, José Juan, *La teoría del derecho de Bentham* , op. cit., supra 127, p. 323.

¹⁴³ Cfr Tamayo y Salmorán, Rolando, *Juris Prudentia: More Geométrico* , op. cit., p. 97.

derecho a través de un aparato conceptual preciso y valorativamente neutral permitiría entender lo que el derecho es, y en última instancia, proveer elementos para su transformación.

En segundo lugar, la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser persigue, en forma coherente con su postura utilitarista, que el ejercicio libre de la crítica al derecho no afecte la cuestión de la validez del mismo. Si, como dijimos líneas arriba, el derecho cumple función esencialmente utilitaria como la generación de expectativas seguras, su incumplimiento, derivado de una crítica que no distinga nítidamente entre lo que el derecho es, y exige, conduciría, inexorablemente, al extravío de su función social.

Desde una perspectiva crítica, cabe encontrar en la insistencia de la distinción entre los dos niveles de la jurisprudencia propuestas por Bentham una motivación última, de carácter eminentemente político, a saber: la defensa irrestricta de la libertad de crítica, entendida como una dimensión de la libertad política. Una interpretación de esta naturaleza resulta plausible si se toman en consideración los móviles reformistas que inspiraban a Bentham, que, para ser legítimos, exigían una diferenciación entre la validez del derecho y su obediencia puntual. Nos explica el profesor Luis M. Cruz:

A mi juicio, la polémica entre Bentham y Blackstone en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica, del *Commun Law* y de Derecho natural revelan el carácter político de la filosofía de Bentham. Así, la distinción entre la ciencia jurídica expositiva y la censoria, o entre el expositor y el censor, aparece en el pensamiento Bentham con el fin de poder separar el ámbito de la validez del Derecho, por un lado, del ámbito de su mérito o demérito, por otro. Al separar estos ámbitos se posibilita, a juicio de Bentham, la obediencia pública al Derecho, ya que quedará patente, a la vista de todos los ciudadanos, cuáles son las leyes que deben obedecerse; y, junto a esto, se hará posible la crítica de las instituciones jurídicas, permitiendo la reforma del Derecho¹⁴⁴.

Cualquiera que sea el caso, la teoría del derecho de Bentham es perfectamente coherente dentro de los estrechos márgenes de la ética utilitarista en la medida en

¹⁴⁴ Cruz, Luis M., “La ciencia del derecho de Jeremy Bentham”, en *Persona y Derecho*, op. cit., supra 140, p. 181.

que le otorga un valor eminentemente instrumental, destinado a satisfacer necesidades individuales, y en su conjunto, a beneficiar al mayor número de personas¹⁴⁵. Su relevancia histórica no debe ser minusvalorada pues ha trascendido las fronteras de lo jurídico, incidiendo en áreas como el moderno análisis económico del derecho, cuyos postulados centrales se identifican plenamente con el utilitarismo.

2.6 John Austin

Es un lugar común interpretar la obra y pensamiento de John Austin simplemente como la continuación de la obra de Jeremy Bentham. Ello, a pesar de ser cierto, es una simplificación del significado histórico de la obra de Austin, además de que la despoja de algunos elementos que se presentan como novedosos, y que plantean una toma de distancia respecto las algunas de las tesis centrales de su maestro. Por ejemplo, el profesor José Juan Moreso, encuentra al menos cinco tópicos respecto de los cuales, las teorías de Bentham y Austin toman posturas notablemente distintas, a saber: (i) los criterios de identificación del derecho; (ii) la doctrina del Common Law; (iii) el empirismo; (iv) el utilitarismo; y (v) la codificación¹⁴⁶.

Las marcadas con los números (iii) y (iv) resultan ser las más relevantes para el tema que venimos analizando. Por cuanto hace a la primera, como se recordará, la ontología de Bentham fue radicalmente empirista, de modo que el objeto de estudio de su ciencia del derecho está constituido por los hechos (el lenguaje, los mandatos, el daño, etc.) que denotan la existencia del derecho en la realidad; mientras que la teoría de Austin establece como su objeto de estudio a los principios y nociones comunes a todos los ordenamientos jurídicos existentes¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Cfr Rivas, Pedro, *Retorno a los orígenes de la tradición positivista, op., cit., supra* 116, p. 32.

¹⁴⁶ Véase Moreso Mateos, José Juan, "Cinco diferencias entre Bentham y Austin" en *Anuario de Filosofía del derecho*, VI (1989), pp. 351. 376.

¹⁴⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 363.

Así lo establece el propio Austin en *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia*:

El objeto propio de la jurisprudencia general o universal – a diferencia de la ciencia universal de la legislación – es la descripción de aquellos objetos y fines del derecho que son comunes a todos los sistemas, así como de aquellas semejanzas entre diferentes sistemas que descansan en la común naturaleza del hombre, o responden a peculiaridades semejantes en sus diversas posiciones¹⁴⁸.

Dicho de otro modo, el objeto de la jurisprudencia para Austin resulta de la abstracción de una serie de principios que subyacen a cualquier ordenamiento jurídico existente (positivo), y no, necesariamente, de una contrastación directa con la realidad, por lo que su construcción teórica puede calificarse como una ciencia formal, en oposición a las ciencias empíricas.¹⁴⁹

Lo anterior, por su propio carácter formal, no proporciona un criterio frente a la cuestión de la identificación del derecho. Para ello, Austin recurre a la noción de mandato, entendido como la expresión de un deseo de una persona sobre otra, respaldada por la posibilidad de infligir un daño para el caso de incumplimiento o desobediencia¹⁵⁰. Cabe subrayar el hecho de que la característica distintiva de un mandato frente a otras directivas está formada por la posibilidad de infligir un daño, o sanción en sentido amplio, para el caso de inobservancia. Ello supone la existencia de una persona, o grupo de personas, con el poder para infligir la sanción, así como de un deber de obediencia hacia la misma. Dicho lugar está reservado para el soberano, entendido como aquella persona que no tiene el deber de obediencia frente a ninguna otra, de la comunidad política, que en tal virtud, es independiente¹⁵¹. Esta idea constituye, según Austin, la llave de la ciencia de la jurisprudencia:

¹⁴⁸Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, México, Ediciones Coyoacán, 2011, p. 21.

¹⁴⁹ Cfr. Moreso Mateos, José Juan, “Cinco diferencias entre Bentham y Austin”, op. cit., p. 364.

¹⁵⁰ Cfr. Austin, John, *The Province of jurisprudence determined*, Edited by Wilfrid E. Rumble, New York, Cambridge University Press, 1995, p. 21

¹⁵¹ Véase Tamayo, Rolando, *Prudentia Juris: More Geometrico*, op. cit. p. 90

Every *law* or *rule* (taken with the largest signification which can be given to the term properly) is a command. Or, rather, laws or rules, properly so called, are a species of commands.

Now, since the term *command* comprises the term law, the first is the simpler as well as the larger of the two. But, simple as it is, it admits of explanation. And, since it is the key to the sciences of jurisprudence and morals, its meaning should be analysed with precision

(...)

If you express or intimate a wish that I shall do or forbear from some act, and if you will visit me with an evil in case I comply not with your wish, the expression or intimation of your wish is a command. A command is distinguished from other significations of desire, not by style in which the desire is signified, but by the power and the purpose of the party command-ing to inflict an evil or pain in case the desire be disregarded¹⁵².

Identificado el objeto de estudio (los mandatos emitidos por el soberano en una comunidad política independiente), y las entidades que lo conforman (los principios y nociones que subyacen a todos los ordenamientos jurídicos existentes), Austin se encuentra en posibilidad de postular una metodología para su teoría jurídica. De hecho, una de las cuestiones que más le preocupan es el establecimiento de una metodología precisa a partir de una nítida distinción entre el derecho que existe en la realidad y la forma en que el derecho debería ser atento a los patrones morales de quien se propone estudiarlo. En *The province of jurisprudence determined*, Austin formula una dura crítica a los autores que, con frecuencia, olvidan dicha distinción, y señala:

Una cosa es la existencia del derecho; otra su mérito o demérito. Un tipo de investigación conduce a saber si es o no es; para saber si se adecúa o no a un patrón asumido, hace falta una investigación diferente. Una ley que de hecho existe es una ley, aunque ocurra que no nos gusta o aunque esté en desacuerdo con el texto mediante el cual regulamos nuestra aprobación y desaprobación. Cuando se enuncia formalmente esta verdad como una proposición abstracta, es tan simple y deslumbrante que parece ocioso insistir en ella. Pero por simple y deslumbrante que sea cuando se la enuncia como una expresión

¹⁵² Austin, John, *The Province of jurisprudence determined*, *op cit.*, *supra* 150, p. 22.

abstracta, la enumeración de los casos en los cuales ha sido olvidada bastaría para llenar un volumen¹⁵³.

Para Austin, el éxito de la distinción reside en un claro deslinde entre los diferentes significados de la palabra “ley”, a partir de los contextos en que es usada. Así, al distinguir entre leyes dadas por el soberano, leyes de moralidad positiva y leyes divinas o emanadas de Dios¹⁵⁴ se apresura a afirmar, sin mayor justificación, que el objeto de la jurisprudencia está constituido sólo por las primeras de éstas:

[El] objeto propio de la jurisprudencia en cualquiera de sus diferentes ramas es el derecho positivo; entendiéndolo por derecho positivo, o derecho estrictamente así llamado, el derecho establecido o *positum* en una comunidad política independiente por la voluntad expresa o tácita de su soberano o gobierno supremo.

Consideradas como una totalidad y relacionadas y conexas las unas con las otras, las leyes y normas positivas de una comunidad particular o específica, constituyen un sistema o cuerpo de derecho. Y en tanto que limitada a cualquiera de tales sistemas o algunas de sus partes, la jurisprudencia es particular o nacional.

Una vez delimitado, o reducido según se prefiera, el objeto de la jurisprudencia al derecho positivo, Austin agrega una distinción adicional, entre jurisprudencia particular y general. Mientras la primera realiza la descripción de un orden jurídico cuya validez se encuentra delimitada por un territorio y encuentra en el soberano su fuente exclusiva de validez jurídica, la jurisprudencia general se propone explicar, cuando no encontrar, los principios y nociones presentes en todos los sistemas jurídicos:

Pero aun cuando cada sistema de derecho tiene sus diferencias específicas y peculiares, hay principios, nociones y distinciones comunes a varios sistemas, los cuales forman analogías o semejanzas que los hacen afines.

Muchos de estos principios comunes lo son a todos los sistemas, lo mismo a los sistemas toscos y rudimentarios de las sociedades primitivas, que a los sistemas más amplios y perfectos de las comunidades civilizadas. Ahora bien, los sistemas más amplios y

¹⁵³ Austin, John, *The province of jurisprudence determined*, Library of Ideas, 1954, p. 184 y 185, citado por Hart, en “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral” en H.L.A. Hart, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1962, p. 6 y 7.

¹⁵⁴ Véase Moreso Mateos, José Juan, “Cinco diferencias entre Bentham y Austin”, op. cit., p. 366.

perfectos de las comunidades civilizadas son afines, tanto por los numerosas analogías que se dan entre todos los sistemas, cuanto por numerosas semejanzas que se dan exclusivamente entre ellos mismos. En consecuencia, los diversos principios comunes a sistemas más perfectos – o bien las numerosas analogías que se dan entre ellos – constituyen el objeto de una amplia ciencia, la cual, en contraposición, de un lado, a la jurisprudencia nacional o particular, y, de otro, a la ciencia de la legislación ha sido llamada jurisprudencia general o comparada, o bien filosofía, - o principios generales- del derecho positivo¹⁵⁵.

Así, la función de la jurisprudencia es la de describir con fidelidad los principios generales a todos los ordenamientos jurídicos, como un metalenguaje, pretendidamente no valorativo respecto al lenguaje objeto con que el derecho se formula¹⁵⁶. Explica Austin:

Así como los principios abstraídos de los sistemas positivos constituyen el objeto de la jurisprudencia general, así también su cometido peculiar y exclusivo es la exposición de dichos principios. La jurisprudencia general no se ocupa directamente de la conveniencia o inconveniencia de las leyes, tal como ésta se nos revela a la luz del criterio de utilidad o de cualquier otro de los diversos criterios que dividen el parecer de la humanidad. Si, en relación con alguno de los principios que constituyen su objeto propio, hace referencia a consideraciones de utilidad, lo hace sólo con el fin de definir tales principios, no con el fin de determinar su valor. Y esto es lo que distingue la ciencia en cuestión de la ciencia de la legislación: que esta última trata de establecer el criterio o medida – a la vez que los principios subordinados o concordantes con tal criterio – de acuerdo con el cual debe producirse el derecho positivo, o al cual éste debe ajustarse¹⁵⁷.

Cabe señalar que Austin insistió en la necesidad de ocuparse primeramente del derecho que es, para posteriormente reflexionar sobre el derecho que debe ser, lo que vendría a ser con posterioridad un postulado propiamente analítico. Indica Austin:

Así como el conocimiento de lo que debe ser presupone el conocimiento de lo que es, así también la ciencia de la legislación presupone la jurisprudencia, así también la ciencia de la legislación presupone la jurisprudencia, mientras que, al contrario, la jurisprudencia no presupone la ciencia de la legislación. Lo que las leyes han sido y son puede llegarse a

¹⁵⁵ Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, op. cit., supra 158, p. 7.

¹⁵⁶ Véase Tamayo, Rolando, *Prudentia Juris: More Geometrico*, op. cit., supra 133, p. 90.

¹⁵⁷ Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, op. cit., supra 148, p. 9.

conocer sin saber lo que ellas debieran ser. En cuanto que todo conocimiento de lo que debe ser descansa en un conocimiento de antecedentes *cognato genere*, la ciencia de la legislación supone la jurisprudencia¹⁵⁸.

Por otra parte, Austin, como Bentham, es un utilitarista convencido, aunque las implicaciones de la adopción de esta teoría ética en el pensamiento de uno y otro distan de ser consistentes. Mientras Bentham postuló una forma de utilitarismo radical que necesariamente desemboca en un no cognitivismo ético, Austin reconoce en los mandatos divinos un criterio último sobre lo bueno. Nos explica el profesor Moreso:

Bentham y Austin difieren en las asunciones ontológicas y epistemológicas que están dispuestos a realizar al construir sus peculiares morales utilitaristas. Para Bentham no existen principios éticos objetivos y como consecuencia no accedemos al principio de utilidad por alguna misteriosa intuición ética, sino que proponemos el principio de utilidad como criterio rector de la conducta humana. Para Austin, en cambio, existen principios éticos objetivos, que son manifestación de la voluntad divina, el principio de utilidad es nuestro modo de acceso al descubrimiento de las prescripciones divinas no reveladas¹⁵⁹.

En cualquier caso, es inconcuso que en el caso de ambos, aunque en forma velada, el utilitarismo constituye el mejor criterio ético posible para evaluar el derecho. Lo anterior, pone en duda la validez de la tesis de la separación entre el derecho que es y el derecho que debe ser en estos autores, e invita a formularse la siguiente pregunta: ¿Es posible, como postulan Bentham y Austin, identificar el derecho sin adoptar ninguna teoría ética, y sólo después evaluarlo críticamente?

En suma, al igual que Hobbes y Bentham, la teoría del derecho de Austin se encuentra elaborada a partir de una concepción de filosofía política, antes que desde una postura jurídica o iusfilosófica, propiamente dicha. Prueba de lo anterior es la centralidad de los conceptos de mandato, soberano, hábito de obediencia¹⁶⁰, y su referencia a la voluntad del soberano como criterio único de validez jurídica, que hemos mencionado. Al respecto, el profesor Rivas enseña que:

¹⁵⁸ *Ibíd*em, p. 20.

¹⁵⁹ Moreso Mateos, José Juan, "Cinco diferencias entre Bentham y Austin", *op. cit.*, p. 368

¹⁶⁰ Cfr. Rivas, Pedro, *Retorno a los orígenes de la tradición positivista*, *op. cit.*, *supra* 116, p.40

De esta forma, su concepción del Derecho es deudora de su filosofía moral. Y es que en el pensamiento político y jurídico anglosajón, una vez que se ha rechazado la teoría iusnaturalista queda espacio solamente para el utilitarismo. No significa esto que la adopción del positivismo jurídico por AUSTIN, sea consecuencia necesaria de su utilitarismo, pero sí que su filosofía jurídica debe conducir al incremento de la felicidad. Es decir, su concepción del Derecho depende de sus objetivos políticos.¹⁶¹

Por último es importante precisar, en contra de frecuentes interpretaciones en contrario, que tanto Austin como Bentham no cancelan la posibilidad de la crítica moral del derecho. Aunque a diferencia de su maestro, Austin no desarrolló una labor de crítica sistemática a las instituciones de su tiempo, ni teorizó mayormente al respecto¹⁶², no debe olvidarse que ambos autores reconocen la dimensión crítica o valorativa en la filosofía jurídica, pero también, ambos suscriben una ética utilitarista que inevitablemente los compromete con el relativismo moral.

¹⁶¹ *Ibíd.*, op. cit. p. 42

¹⁶² Cfr Hart, H.L.A., "El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral", en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1962, p. 14.

CAPÍTULO 3

LOS JUICIOS DE VALOR EN HANS KELSEN

3.1 Introducción

Con justicia, Hans Kelsen ha sido llamado “el jurista del siglo XX”, pues, de las más diversas formas, la Teoría Pura del Derecho, su creación intelectual, ha estado presente en la mayor parte de las discusiones filosóficas contemporáneas sobre el derecho, ya para atacarla fieramente, o bien, para defenderla con no menos ímpetu. Lo que es un hecho innegable es que la Teoría Pura del Derecho es un monumento al rigor lógico y la buena argumentación, y aunque algunas de sus tesis torales, sobre todo en materia valorativa, hoy nos parezcan inadmisibles, considero que continuará, durante buena parte de este siglo, siendo objeto de análisis profundos y encarnizados debates.

La teoría jurídica kelseniana estuvo llamada, desde sus inicios, a convertirse en una teoría de la ciencia del derecho, esto es, en un conocimiento de segundo orden cuyo propósito principal fue sentar las bases de lo cognoscible en relación con el fenómeno jurídico¹⁶³. A través del establecimiento de “categorías” (en el sentido kantiano), la Teoría Pura se propuso, como una cuestión metodológica previa y fundamental a su tarea, dilucidar la naturaleza de lo propiamente jurídico, para, posteriormente, excluir de su objeto de estudio todas aquellas consideraciones morales, políticas, sociológicas y psicológicas que, al desdibujar lo jurídico, dificultan el estudio científico del derecho, y en el peor de los casos, convierten a la ciencia jurídica en un discurso justificativo de determinadas instituciones sociales o políticas. De esta forma, Kelsen construyó el ideal de la pureza metódica como cimiento de la versión más fuerte de la tesis de la neutralidad valorativa.

Existen numerosas monografías que estudian diversos aspectos de la teoría jurídica postulada por Hans Kelsen, así como sus presupuestos e influencias

¹⁶³ Véase Azpurua Ayala, Ricardo, “Kelsen y su posición frente al positivismo y la dirección neokantiana” en Oliva, Claudio (editor), *Estudios sobre Kelsen*, Valparaíso, Edeval, 1996, p. 36.

filosóficas, cuya exhaustividad y rigor analítico son prácticamente insuperables¹⁶⁴. Por ello, en la presente investigación únicamente me propongo indagar sobre el ascendiente positivista de la propuesta kelseniana, pues resulta el enfoque teórico que mejor explica su postura frente a los juicios de valor.

3.2 Kelsen y el positivismo lógico: hechos y valores.

Es bien conocido que algunos de los aspectos torales de la teoría jurídica de Hans Kelsen son deudores de la corriente filosófica neokantiana, en auge durante la segunda mitad del siglo XIX¹⁶⁵. El uso de categorías (*v.gr.* norma y sanción) que permitan la identificación de lo propiamente jurídico; la construcción de la norma hipotética fundamental como presupuesto que permite conocer objetivamente el mundo de lo jurídico; la teoría de la imputación como explicación de las relaciones entre facticidad y normatividad y el ideal mismo de la pureza científica¹⁶⁶, son ejemplos de la gran influencia que el neokantismo tuvo en el pensamiento del fundador de la Escuela de Viena. En ese sentido, el profesor William Ebenstein señala que:

La teoría pura del derecho se relaciona con la ciencia del derecho positivo como base para la superestructura. De la misma manera que, en general, el conocimiento de lo posible necesariamente precede al conocimiento de lo real, así el conocimiento de la teoría pura del derecho precede lógicamente al conocimiento de la ciencia jurídica positiva; la relación es la misma que la de la filosofía con las ciencias individuales en el sistema de Kant.¹⁶⁷

Sin embargo, como me encargaré de mostrar, el enfoque teórico que mejor explica el lugar de los juicios valorativos dentro de la Teoría Pura del Derecho es el del

¹⁶⁴ Por ejemplo, Esquivel Pérez, Javier, *Kelsen y Ross*, México, Fontamara, 2011; Cracogna, Dante, *Cuestiones Fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*, México, Fontamara, 2005.

¹⁶⁵ Para un interesante estudio sobre el neokantismo, véase Köhnke, Klaus Christian, *Surgimiento y auge del neokantismo*, México, Universidad Autónoma Metropolitana – Fondo de Cultura Económica, 2011.

¹⁶⁶ Cfr. Paulson, Stanley, *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 32 y ss.

¹⁶⁷ Ebenstein, William, *La teoría pura del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1947, p. 34.

positivismo lógico. Lo anterior es explicable tanto porque Kelsen compartía con este tipo de positivismo distintas afinidades culturales y éticas¹⁶⁸, como porque en el momento de mayor madurez de su pensamiento, el método empírico positivista de observación histórica y comparativa¹⁶⁹, se volvió el favorito de su teoría. Al respecto señala el profesor Ricardo Azpurua:

Aquí ya no se trata de usar un método trascendental que nos dé las condiciones de posibilidad del conocimiento, y que (según la concepción neokantiana) constituya el objeto científico y le preste unidad. Desaparece lo formal (por cuanto el estudio comparativo no puede independizarse de los contenidos variables e históricamente condicionados) y lo puro de la teoría queda limitado a impedir en la investigación cualquier contaminación de política¹⁷⁰.

En este orden de ideas, conviene recordar que el positivismo lógico se planteó, como uno de sus principales objetivos, la depuración de la filosofía respecto de sus elementos metafísicos, y en general, de todas aquellas cuestiones susceptibles de especulación, por considerarlas acientíficas e irracionales. El blanco principal de esta corriente filosófica fueron las cuestiones valorativas, presentes en prácticamente toda la tradición filosófica anterior, mismas que fueron consideradas pseudoproblemas cuya disolución se alcanzaría a través de la clarificación lingüística.

La renuncia explícita de todo aquello que no produjera resultados ciertos y empíricamente verificables se tradujo en una nueva filosofía, prácticamente irreconocible respecto de su antecesora milenaria, pues sus rasgos esenciales habían sido desdibujados. De esta forma, la filosofía quedó reducida al análisis lingüístico y semántico de las proposiciones en que la ciencia se formula, sin constituir un conocimiento aparte, o general de nada en concreto, como había sido entendida por siglos.

¹⁶⁸ Véase Aladár Metall, Rudolf, *Hans Kelsen. Vida y obra*, México, Ediciones Coyoacán, 2009, pp. 47 y ss.

¹⁶⁹ Azpurua Ayala, "Kelsen y su posición frente al positivismo y la dirección neokantiana", en Oliva, Claudio (editor), *Estudios sobre Kelsen, op. cit., supra* 163, p. 35.

¹⁷⁰ Ídem.

Así, el ideal del positivismo lógico era convertir a la filosofía en una teoría de la ciencia¹⁷¹, en el que las cuestiones valorativas no tenían lugar, y eran reducidas a meras expresiones emotivas e irracionales. Pues bien, definiendo la tesis de que la teoría de Hans Kelsen es la principal, que no la única, receptora de estas ideas en el ámbito jurídico, debido a que las recogió y aplicó con la mayor fidelidad a como fueron concebidas.

Para ilustrar este punto conviene traer a cuento un artículo de Kelsen publicado ya en noviembre de 1941 en la *Harvard Law Review*, intitulado “*The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*”¹⁷². En el mismo, Kelsen intenta encontrar las semejanzas de su propuesta teórica con la teoría analítica del derecho, lo que le da oportunidad de delinear los rasgos característicos de su teoría. Respecto de su método y objetivo Kelsen indica lo siguiente:

De la comparación de todos los fenómenos que llamamos Derecho busca descubrir la naturaleza del Derecho mismo, determinar su estructura y sus formas típicas, independientemente del contenido variable que presenta en las diferentes épocas y en los distintos pueblos. Así ella obtiene los principios fundamentales con los que podemos comprender cualquier orden jurídico. Como teoría, su único fin es el conocimiento de su objeto. Ella contesta qué es el derecho, no qué es lo que él debería ser. Esto último pertenece a la Política, mientras que la Teoría Pura del Derecho es ciencia.

Se llama “pura” porque busca excluir del conocimiento del Derecho positivo todos aquellos elementos que le son extraños por aquí o por allá¹⁷³.

Desde su planteamiento, la Teoría Pura del Derecho se autodefine como estrictamente científica, de acuerdo con un ideal prefijado de lo que la ciencia es¹⁷⁴. Dicho ideal científico excluye *per se* a toda consideración valorativa o

¹⁷¹ *Ibíd.*, p. 34.

¹⁷² Kelsen, Hans, “La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica” en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, México, Ediciones Coyoacán, 2010, pp. 169 - 193.

¹⁷³ *Ibíd.*, p. 169.

¹⁷⁴ Aunque no forma parte propiamente de la temática que venimos desarrollando, es de destacar que Kelsen señala que el método de la Teoría Pura es, aunque no exclusivamente, el comparativo, pues, a partir de los diversos órdenes jurídicos, pasados y presentes, busca descubrir la naturaleza del derecho, determinar su estructura y sus formas típicas, lo que lo acerca en forma importante a la teoría analítica del derecho, en particular, al método que estudiamos cuando analizamos el pensamiento de John Austin.

sospechosamente metafísica, bajo la premisa de que la moral y la política jurídica son creaciones ideológicas que, por su misma naturaleza, son irracionales. Por tanto, Kelsen es tajante al delimitar los problemas atinentes a la justicia y los del tratamiento científico del derecho, al señalar que la Teoría Pura se ocupa exclusivamente de la descripción de su objeto, aun en demérito de su labor explicativa, por lo que no tiene nada que ofrecer frente al problema de la justicia. Dice Kelsen:

Pero la Teoría Pura del Derecho, simplemente, se declara incompetente para dar una respuesta sea al problema de si un derecho dado es justo o no, o a ese otro más fundamental de qué es aquello que constituye la justicia. La Teoría Pura del Derecho – que es una ciencia – no puede resolver estos problemas porque científicamente no pueden ser resueltos de ninguna manera¹⁷⁵.

Para Kelsen es la autoridad social quien debe determinar aquello que ha de preservarse como valioso dentro de la comunidad política, y es en función de su voluntad como se fijan los bienes humanos individuales y colectivos. Por tanto, analizar la bondad de las instituciones sociales es un problema que corresponde a la política jurídica, y no la ciencia del derecho:

La felicidad que un orden social puede asegurar, sólo puede ser felicidad en el sentido colectivo, es decir, la satisfacción de ciertas necesidades, reconocidas por la autoridad social como necesidades dignas de ser satisfechas, como son las de tener alimentos, vestidos y viviendas. ¿Pero cuáles con las necesidades humanas dignas de ser satisfechas, y cuál es su jerarquía? La decisión de estas cuestiones es un juicio de valor determinado por factores emocionales y, por lo tanto, de carácter subjetivo, válido solamente para el sujeto que juzga, y por lo tanto, relativo, como lo es todo verdadero juicio de valor¹⁷⁶.

Cabe señalar que el énfasis del profesor vienés, observable en prácticamente toda su obra, en que la teoría jurídica pura se ocupa exclusivamente del derecho existente, positivo, no es sino una insistencia implícita en que el estudio del derecho natural carece de estatuto científico, pues consiste o en un conjunto de

¹⁷⁵ Kelsen, Hans, "La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica" en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, op. cit., supra 172, p. 170.

¹⁷⁶ Ídem. 170.

fórmulas vacías o tautologías, o en una serie de principios independientes e incluso contrapuestos a los del orden positivo, que no puede ser estudiado racionalmente, y antes bien, se esfuerza en exhibir, aunque no siempre con éxito, su fundamento religioso o metafísico. En relación a este derecho Kelsen sentencia:

En cualquiera de los dos casos su validez reposa sobre juicios de valor que no tienen objetividad; un análisis crítico siempre muestra que solamente son la expresión de ciertos intereses de grupo o de clase. De acuerdo con ello, la doctrina del Derecho natural es en su carácter, ora conservadora, ora reformadora o revolucionaria. Ella, o justifica el Derecho positivo proclamando su concordancia con el orden natural, razonable o divino, una concordancia afirmada pero no probada; o pone en tela de juicio la validez del Derecho positivo pregonando que está en contradicción con uno de los presupuestos absolutos. La doctrina revolucionaria del Derecho natural, como la conservadora, no se interesa por el conocimiento del Derecho positivo, por la realidad jurídica, sino por su defensa o ataque¹⁷⁷.

Así, el ideal científico al que Kelsen se acoge rechaza decididamente cualquier fundamentación metafísica, y excluye de su función cualquier evaluación de su objeto. Lo anterior establece un vínculo necesario entre ciencia y relativismo en materia ética, tal como se desprende de un fragmento de su réplica a Eric Voegelin:

En consecuencia una ciencia social positivista no puede evaluar un fin que en sí mismo no constituya un medio para otro fin, sino que sea un fin último. No puede evaluar una institución social en forma incondicional o, lo que es lo mismo, no puede atribuirle un valor absoluto. Lo absoluto en general y los valores absolutos en particular pertenecen a una esfera trascendental que está más allá de la experiencia científica, pertenecen al campo de la teología y de otras especulaciones metafísicas. Es por eso que el positivismo científico está asociado al relativismo¹⁷⁸.

Según Kelsen, la actitud científica conlleva necesariamente el escepticismo ético pues no corresponde a la ciencia evaluar en forma alguna su objeto, tampoco le corresponde pronunciarse sobre la razonabilidad de las instituciones de las que se

¹⁷⁷ *Ibíd.*, p. 173.

¹⁷⁸ Kelsen, Hans, *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin*, Buenos Aires, Katz, 2006, p.16.

ocupa, sobre si son buenas o malas de conformidad con algún criterio ético. Remata el jurista austríaco:

Si hubiera prevalecido la actitud intelectual que se manifiesta en la especulación metafísico-teológica de Platón, Aristóteles y Tomás de Aquino, la ciencia moderna no podría haberse desarrollado. Esta exclusión de la metafísica y de la teología del ámbito de la ciencia no significa que el uso de un cierto método de cognición haya conformado el criterio de la ciencia; significa que el hecho de su la especulación metafísico- teológica resulta o no adecuada se mide por su utilidad para el propósito de la ciencia. La historia intelectual de la humanidad demuestra como realidad innegable que este tipo de especulaciones no sólo son inútiles para el propósito de la ciencia, sino que constituyen un serio obstáculo para su avance¹⁷⁹.

De esta forma, a diferencia de sus antecesores positivistas, como Bentham y Austin, Kelsen asume consciente y explícitamente el escepticismo ético, por ser ésta la única postura coherente con una auténtica actitud científica. Sobre estura postura nos explica el profesor Sedín Mateos:

Así pues, la razón humana, incapaz de proporcionar un conocimiento de valores absolutos, solo puede conocer valores relativos. Desde el punto de vista de una teoría científica del valor, esto tiene como consecuencia que la afirmación del relativismo no puede excluir la posibilidad de juicios y valores opuestos entre sí. Esto significa que, a diferencia del absolutista ético, el relativista ha de estar abierto a admitir que dentro de una sociedad pueden coexistir patrones de valoración de la conducta muy diferentes, e incluso contrario a los que él defiende¹⁸⁰.

Por lo demás, la postura escéptica en materia valorativa de Kelsen es bien conocida. Desde las primeras páginas de la Teoría Pura del Derecho, Kelsen se vale de un hecho incontrovertible aunque no por ello concluyente en cuanto al tema que se está tratando, como es la existencia de una gran diversidad de sistemas morales en las sociedades modernas, o relativismo cultural, como se le

¹⁷⁹ Ibídem p. 24.

¹⁸⁰ Sedín Mateos, José Antonio, *La filosofía moral de Hans Kelsen*, Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 182.

llamaría actualmente, para intentar demostrar la imposibilidad del objetivismo moral¹⁸¹. Señala el fundador de la Escuela de Viena:

Pero lo que sobre todo importa recalcar – como corresponde hacerlo una vez más, porque no se lo subraya nunca suficientemente- es la tesis de que no hay una única moral, “la” moral, sino muchos sistemas morales, altamente diferentes entre sí y muchas veces entre sí contradictorios; que un orden jurídico puede, a grandes rasgos, corresponder a las intuiciones morales de un grupo o clase determinadas – en especial, los dominantes- dentro de la población sometidas, y que, de hecho así sucede, contradiciendo simultáneamente las intuiciones morales de otro grupo o estrato social;¹⁸²

(...)

Si se acepta que sólo hay valores morales relativos, entonces la afirmación de que las normas sociales tiene que contar con un contenido moral, de que tiene que ser justas para ser consideradas derecho, sólo significa que esas normas tiene que contener algo que sea común a todos los sistemas morales, en cuanto sistemas justos. Pero frente a la extraordinaria diferenciación en lo que, de hecho, lo hombres en distintas épocas y en distintos lugares han considerado bueno y malo, justo e injusto, no cabe establecer ningún elemento común a los contenidos de los diferentes órdenes morales.¹⁸³

Lo anterior sirve a Kelsen para postular que la noción de valores absolutos es una idea contradictoria en sí misma que sólo puede tener lugar dentro de un contexto religioso - justificativo:

Si, en cambio, desde el punto de vista del conocimiento científico, se rechaza la aceptación de valores absolutos en general, y en especial, la de un valor moral absoluto – dado que el valor absoluto sólo puede admitirse a partir de una fe religiosa en la autoridad absoluta y trascendente de una divinidad – y si, en consecuencia se acepta que, desde ese punto de vista, no cabe encontrar la moral absoluta – es decir, una moral exclusivamente válida, que rechace la posibilidad de la validez de otra¹⁸⁴-

Ahora bien, por su importancia para el tema que estamos tratando, conviene analizar la noción de hecho que adopta la teoría de Kelsen. Como se recordará, la

¹⁸¹ Cfr Esquivel, Javier, “Juicios de valor, positivismo jurídico y relativismo moral”, en *Racionalidad jurídica, moral y política, op. cit., supra* 60, p. 118.

¹⁸² Kelsen, Hans, *La Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa, 2012, p. 81.

¹⁸³ *Ibídem* p. 77.

¹⁸⁴ *Ibídem* p. 76.

noción que de hecho tienen los positivistas lógicos resulta sumamente problemática, y condiciona todo el desarrollo posterior de su postura filosófica y científica. Más aún, si se considera que el desarrollo posterior de la ciencia, en particular de la física, ha superado con creces dicha concepción sobre lo que constituye un “hecho” significativo, la mayoría de las tesis empiristas del positivismo lógico deben ser rechazadas.

Pues bien, en la teoría kelseniana, la noción de “hecho” no es tan limitada como lo fue para los positivistas lógicos, ni se reduce exclusivamente a lo perceptible sensorialmente; antes bien, la noción kelseniana de “hecho” es una construcción sumamente interesante e ingeniosa como veremos a continuación.

Dentro de los márgenes de la Teoría Pura del Derecho, los hechos, naturales, sociales o psicológicos, son relevantes únicamente en la medida en que son significativos u objetivados jurídicamente¹⁸⁵, esto es, en la medida en que una norma, objetivamente válida dada su pertenencia a un sistema de derecho, otorgue sentido jurídico a un hecho, éste será relevante para la ciencia del derecho, antes no.

Este criterio metodológico es tan determinante para la Teoría Pura en su integridad que todo aquél hecho que carezca de significación jurídica, carece de importancia para ella. Más aún, dicha determinación de lo que es relevante para la ciencia del derecho hace a Kelsen concebir a su teoría como una “ciencia interpretativa”. El profesor austriaco se expresa en los siguientes términos:

La jurisprudencia ve al Derecho como un sistema de normas generales e individuales. Los hechos son considerados en esta jurisprudencia solamente en tanto que ellos son el contenido de las normas jurídicas. Por ejemplo: la jurisprudencia toma conocimiento del procedimiento por medio del cual se crean las normas de Derecho, pues este procedimiento está prescrito por las normas de la Constitución; del entuerto, porque él está definido por una norma como la condición de la sanción porque está ordenada por una norma jurídica como consecuencia de un entuerto. Solamente las normas,

¹⁸⁵ Véase Millas, Jorge, “Los determinantes epistemológicos de la Teoría Pura del Derecho” en Oliva, Claudio (editor), *op. cit., supra* 163, p. 72.

disposiciones que establece cómo los individuos deben comportarse, son objeto de la jurisprudencia, nunca la conducta real de los individuos¹⁸⁶.

De todo lo anterior, se desprende que el verdadero objeto de la ciencia del derecho, según Kelsen, son las normas; y los hechos únicamente tienen significación en virtud de las primeras. Así, la teoría jurídica kelseniana si bien, no pierde su carácter empirista al referir a hechos el contenido de las normas, éstas en sí mismas pueden ser descritas como si fueran hechos. Esto es, al ser el contenido y objeto de la ciencia del derecho, las normas pueden ser descritas objetivamente como si se tratara de hechos naturales, aunque no lo sean, por ello es que puede existir una ciencia del derecho, que es eminentemente normativa. Al respecto indica Kelsen:

La ciencia natural describe su objeto – la naturaleza- en proposiciones de “ser”. La jurisprudencia describe su objeto – el derecho- en proposiciones de “deber ser”. Teniendo en cuenta el sentido específico de las proposiciones con que la jurisprudencia describe su objeto, ella puede ser llamada una teoría normativa del derecho. Esto es lo que se quiere significar por visión específicamente “jurídica” del Derecho¹⁸⁷.

El análisis que antecede demuestra en forma fehaciente la fuerte influencia del positivismo lógico en el pensamiento de Hans Kelsen. Esta interesante circunstancia se explica tanto por las afinidades culturales del jurista austríaco con los integrantes del Círculo de Viena, como por su coincidencia temporal y geográfica con algunos de ellos.

Dicho en forma categórica: el kelseniano es positivismo porque excluye a los juicios valorativos, entendidos como especulaciones metafísicas, del estudio científico del derecho, así como porque renuncia a constituir una justificación de cualquier orden social establecido. Kelsen fue más que consciente que nadie de ello, y lo explica con gran claridad:

Se denomina positivismo al principio de describir la realidad de modo fidedigno y de explicarla en forma estrictamente empírica, sin recurrir a la teología ni a ninguna otra

¹⁸⁶ Kelsen, Hans, “La Teoría Pura del Derecho y la jurisprudencia analítica”, en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, op. cit., supra 172, p. 175.

¹⁸⁷ *Ibídem* p. 176.

especulación metafísica. Es otro hecho constatado que una ciencia social positivista no está en posición de justificar un orden social establecido como la realización de valores absolutos, pues puede evaluar una institución social sólo como un medio adecuado para lograr un fin presupuesto, pero inadecuado si se presupone otro fin. Es decir, puede evaluar una institución social sólo con carácter condicional o, lo que es lo mismo, puede atribuirle sólo un valor relativo, entendiendo por “valor” – positivo o negativo- la relación de un medio con un fin¹⁸⁸.

3.3 El ser y el deber ser en Kelsen¹⁸⁹.

Es clásica ya la formulación kelseniana de la tesis de la separación irreductible entre el ser y el deber ser. En la Teoría Pura del Derecho Kelsen sostiene que:

Nadie puede negar que la afirmación de que “algo es” – esto es, el enunciado con el cual se describe un hecho real – es, esencialmente diferente del enunciado que dice que “algo debe producirse”, esto es: del enunciado con el cual se describe una norma: y que, en consecuencia, de que algo exista no puede seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de que algo deba ser, no puede seguirse, que algo sea¹⁹⁰.

Esta cuestión suscita buen número de polémicos subtemas que sólo indirectamente están relacionados con el tópico que estamos tratando aquí¹⁹¹. Por tanto, me limitaré a tratar sólo dos consecuencias de este postulado, a saber: el carácter ontológico del derecho y la negación de la razón práctica.

En primer lugar, el abismo insalvable que separa al plano del ser del deber ser en el pensamiento de Kelsen coloca la existencia del derecho en una posición peculiar, pues en alguna medida abarca ambos planos. Según el profesor

¹⁸⁸ Kelsen, Hans, *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin*, Buenos Aires, Katz, 2006, p 15.

¹⁸⁹ Cabe indicar que el postulado de la separación absoluta entre ser y deber ser, al menos en el sentido en que Kelsen lo entiende, es de marcada inspiración neokantiana, véase Paulson, Stanley L. “La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano”, en *Doxa* (26), 2003, pp. 547 – 582.

¹⁹⁰ Kelsen, Hans, *La Teoría Pura del Derecho*, op. cit., supra 182, pp. 19 y 20.

¹⁹¹ Para un tratamiento extendido del tema véase Saldaña Serrano, Javier, “De nuevo sobre la Ley de Hume y la falacia naturalista. Las respuestas de Carlos I. Massini Correas”, en Cinciardo, Juan, Etcheverry, Juan B., Martínez Cinca, Carlos Diego, Rivas, Pedro, Saldaña Serrano Javier, Zambrano, Pilar (coordinadores), *Filosofía práctica y derecho. Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas*, México, UNAM, 2016, pp. 125 – 147.

austriaco, el derecho se encuentra en el plano del ser en la medida en que es creado mediante una serie de hechos identificables (por ejemplo, el proceso legislativo), que constituyen la expresión de un acto de voluntad de ciertas personas hacia otras. Sin embargo, una vez emitido el acto de voluntad, la norma adopta el sentido de un deber objetivo, y por tanto abandona el plano del ser y pasa al del deber ser¹⁹². En ese sentido, puede afirmarse que la forma de existencia del derecho es la de un deber ser. Lo anterior lleva a Kelsen a afirmar que:

El deber “vale” aunque haya cesado el querer; mas vale inclusive cuando el individuo, cuyo comportamiento según el sentido subjetivo del acto de voluntad es debido, nada sepa del tal acto y de su sentido; vale cuando ese individuo es considerado como obligado, o facultado a actuar como se debe. Entonces, ese deber, como un deber “objetivo”, es una “norma válida”, que obliga a quien está dirigida. Tal es, pues, el caso, cuando el acto de voluntad, cuyo sentido subjetivo es un deber, ha recibido ese sentido objetivo a través de una norma; cuando ese acto ha sido autorizado por una norma que, por ello, vale como una norma “superior”¹⁹³.

Ahora bien, de lo anterior se sigue que el proceder de la ciencia del derecho debe ser exclusivamente descriptivo de su objeto, las normas, así como de las relaciones de imputación que se dan en el seno del derecho; y no debe desempeñar, bajo ninguna circunstancia, una función explicativa, en un sentido causal, respecto del mismo. Así, el modelo científico del derecho al que Kelsen arriba es estrictamente formal, descriptivo, con un método basado en las relaciones de imputación normativa. Lo anterior se confirma en el siguiente pasaje en el que el profesor vienés contrapone a las ciencias naturales con las sociales:

La diferencia esencial sólo se da entre las ciencias naturales y aquellas ciencias sociales que interpretan la interacción humana, no causalmente, sino conforme al principio de imputación, ciencias que no describen cómo se va desarrollando el comportamiento humano, determinado por leyes naturales en el dominio de la realidad natural, sino cómo debe producirse, determinado por normas positivas, esto es, por normas establecidas mediante actos humanos. (...). Por consiguiente, el objeto de esas ciencias sociales no es irreal, puesto que le corresponde cierta realidad, sino que se trata de una realidad

¹⁹² Cfr. Sedín Mateos, José Antonio, *La filosofía moral de Hans Kelsen*, op. cit., supra 180, p. 107.

¹⁹³ Kelsen, Hans, *La Teoría Pura del Derecho*, op. cit., supra 182, pp. 21 – 22.

distinta de la natural, a saber: una realidad social. Ciencias sociales de de este tipo son la ética, o sea, la ciencia de la mora, y la jurisprudencia: la ciencia del derecho. Si se las caracteriza como ciencias normativa, ello no quiere decir que dicten normas para el comportamiento humano, prescribiendo, autorizando, o permitiendo positivamente así determinadas conductas humanas, sino que describen ciertas normas establecidas mediante actos humanos, así como las relaciones creadas entre los hombres por esas normas¹⁹⁴.

A mi juicio, esta forma de entender al derecho y a la ciencia que lo estudia, la jurisprudencia, cancela la posibilidad de su crítica, moral o no, pues imposibilita la existencia de algún parámetro no ya objetivo, sino válido, fuera de los valores creados por el derecho positivo. En este marco no cabe una explicación, y menos aún una crítica, de las instituciones del derecho que atienda a finalidades sociales de cualquier tipo o a su concordancia con una teoría de la justicia.

Por otra parte, la tesis de la separación absoluta entre el ser y el deber ser en el pensamiento de Kelsen deriva necesariamente en una negación de la razón práctica. Ello es así pues esta doctrina descansa en el presupuesto de que razón y voluntad constituyen dos facultades separadas en el hombre, por lo que una y otra no pueden confundirse e influirse mutuamente.

Como vimos en el capítulo segundo de esta investigación, los fundamentos filosóficos de esta tesis se remontan a David Hume, para quien la razón es incapaz de motivar a la acción, y son recuperados por toda la tradición positivista posterior, para finalmente, ser defendidos y actualizados por el positivismo lógico. De esta forma, y habida cuenta del radical voluntarismo de Kelsen, el concepto de razón práctica no tiene lugar en su constructo teórico. En ¿Qué es la justicia?, el profesor vienés confirma su rechazo a esta idea al afirmar que a la razón corresponde la función de conocer y a la voluntad de legislar:

Cuando la teoría racionalista del derecho natural intenta derivar de la naturaleza normas para la conducta humana se apoya en un sofisma. Lo mismo puede decirse del intento de deducir tales normas de la razón humana. Normas que prescriban la conducta humana pueden tener origen únicamente en la voluntad y esta voluntad puede ser sólo humana si

¹⁹⁴ Ibídem, p. 100.

se excluye la especulación metafísica. La afirmación de que el hombre debe conducirse de una determinada manera – una cuando quizá el no se conduzca realmente en esta forma – puede ser formulada por la razón humana únicamente suponiendo que por un acto de voluntad humana se haya establecido una norma que prescriba dicha conducta. La razón humana puede comprender y describir pero no prescribir. Pretender encontrar en la razón normas de conducta humana es una ilusión semejante a la de querer obtener tales normas de la naturaleza¹⁹⁵.

3.4 Kelsen y los juicios de valor

En un interesante artículo, publicado en el año de 1942, bajo el título “*Value Judgments in the Science of Law*”¹⁹⁶, Kelsen condensa sus reflexiones sobre los juicios valorativos, mismas que habremos de analizar a la luz de lo que hasta ahora hemos dicho.

El profesor vienés distingue, con todo rigor y como una cuestión previa, entre los, denominados por él, “valores de Derecho” o “juicios jurídicos de valor” y los “valores de Justicia”¹⁹⁷, con miras a ocuparse exclusivamente de los primeros de ellos, toda vez que los segundos, en la concepción kelseniana, se encuentran fuera de toda consideración racional. Conviene prevenir al lector sobre la terminología adoptada por Kelsen en este tema, ya que es susceptible de conducir al equívoco. Al emplear el término “valor” o “juicio de valor” para la calificación de la conducta, Kelsen no pretende incorporar consideraciones morales en la descripción del derecho. Por el contrario, el empleo de dicho término responde a la tesis kelseniana, no bien desarrollada en ninguna de sus obras, según la cual, las normas jurídicas constituyen valores.

En su planteamiento, los valores de Derecho permiten al jurista calificar determinadas conductas como jurídicas o antijurídicas¹⁹⁸, conforme a su adecuación o inadecuación respecto de una norma jurídica particular. Por ello,

¹⁹⁵ Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, México, Fontamara, 2011, pp. 71 – 72.

¹⁹⁶ Kelsen, Hans, “Los juicios de valor en la ciencia del Derecho” en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, México, *op cit.*, *supra* 172, pp. 195 – 215

¹⁹⁷ *Ibíd.*, p. 195.

¹⁹⁸ *Ibíd.* p. 196.

cabe predicar de ellos verdad o falsedad, pues, en la medida en que se encuentran referidos a (y objetivados por) una norma jurídica es posible contar con un parámetro “objetivo” que permita hacer juicios descriptivos. Así, los juicios jurídicos de valor o juicios de Derecho no son consideraciones subjetivas o relativas, sino objetivadas cuya naturaleza es netamente descriptiva. Al respecto señala el profesor vienés:

El juicio jurídico de valor de que una conducta es jurídica o antijurídica, es una aseveración de una relación positiva o negativa entre la conducta y una norma, cuya existencia presupone la persona que hace el juicio. Semejante juicio supone, pues, la existencia de una norma, de un “deber ser”. Su significado como juicio de valor reposa, en consecuencia, sobre el significado de la aseveración de que la norma “existe”.¹⁹⁹

Para el lector versado, esta postura anuncia lo que, tiempo después, vendría a ser la tesis, vislumbrada por Kelsen, de la aplicación de la lógica al derecho. Como es conocido, dado el carácter normativo de las reglas jurídicas, por lo menos para un sector importante de los filósofos del derecho, la aplicación (directa) de la lógica al derecho no es posible. Para salvar dicho obstáculo se recurre a un metalenguaje, esto es, a la formulación de proposiciones relativas a una norma jurídica, de las que, gracias a su carácter descriptivo, sea posible predicar verdad o falsedad.

Como puede verse, existe una suerte de paralelismo entre los juicios jurídicos de valor y las “cadenas” de validez del ordenamiento jurídico. Esto es, conforme se efectúen juicios jurídicos de valor respecto de una conducta, a fin de determinar su licitud o ilicitud debe presuponerse la validez de la norma jurídica que le da sustento y objetividad. Además, unos y otros “presuponen” la validez de la primera constitución o norma hipotética fundamental, pues derivan de allí su fundamentación última. Lo anterior hace decir a Kelsen que:

Los juicios jurídicos de valor muestran una estratificación paralela a la que corresponde a las normas jurídicas. Puesto que todo juicio jurídico de valor enuncia una relación entre una conducta humana y una norma jurídica, estos juicios forman un sistema que presenta la misma estructura que el sistema de normas jurídicas. Los juicios jurídicos de valor

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 197.

pueden referirse lo mismo a la conducta de los súbditos del ordenamiento jurídico que a la conducta de los órganos de creación o aplicación del Derecho²⁰⁰.

Pero además, para que el juicio jurídico de valor pueda ser plenamente “verificable” es necesario, a decir de Kelsen, que el acto creador de la norma que le da sustento sea igualmente jurídico. Enseña el profesor vienés:

Tales juicios de valor sólo son verdaderos si la ley o- para ser más exactos- el acto legislativo de su creación, es jurídico. Si el juicio de valor que afirma la juridicidad o antijuridicidad de una decisión judicial o de la conducta del súbdito concierne a la relación que existe entre la decisión judicial o de la conducta del súbdito concierne a la relación que existe entre la decisión judicial o la conducta del súbdito con una norma consuetudinaria, el juicio de valor es verdadero sólo si es lícita la creación de las normas por la costumbre.²⁰¹

De lo anterior se sigue que la condición de verdad de los juicios jurídicos de valor, sea cual sea la norma jurídica que le proporcione objetividad, esto es, sin importar en qué “eslabón” de la cadena de validez se encuentre la norma, se encuentra determinada por otro juicio de valor, en forma ascendiente hasta que se llega al juicio jurídico de valor que por lícito a la primera constitución o norma hipotética fundamental. Ello es necesariamente así, pues si no se presupone el juicio jurídico de valor que considera lícito la primera constitución, ninguno de los juicios subsecuentes, podría tener este carácter²⁰². Señala Kelsen:

Supongamos que la creación de la primera constitución no ha sido lícita. No podríamos entonces sostener que la función legislativa del parlamento o la creación del Derecho por medio de la costumbre han sido lícitos. Tampoco podríamos distinguir las decisiones jurídicas de los tribunales de las antijurídicas. Nos faltaría, asimismo, una base para juzgar la juridicidad o antijuridicidad de la conducta de los súbditos. El juicio de valor que sostiene que la primera constitución es un acto lícito, es, pues, el fundamento necesario de todos los demás juicios jurídicos de valor²⁰³.

Como vimos líneas arriba, para Kelsen los valores son constituidos o creados en virtud de la existencia de las normas, como una propiedad derivada de las

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 207.

²⁰¹ *Ídem*.

²⁰² *Ibidem* p. 196.

²⁰³ *Ibidem*, p. 208.

mismas, de modo, que las normas no son receptáculo de ciertos valores preexistentes, sino que, por el contrario, los valores son constituidos por la existencia de las normas. De lo anterior se sigue que distintos tipos de normas (morales, religiosas, etc.) dan lugar a valores diversos cuyo ámbito de validez y aplicación se ciñe al ámbito en cuestión. Así, si hay normas jurídicas, luego hay valores jurídicos, y sobre estos últimos es sobre los que es válido ocuparse dentro de la ciencia del derecho, con exclusión de valores de otro tipo²⁰⁴. Sobre el particular nos explica el profesor Javier Esquivel:

Desde su perspectiva de teoría del derecho le interesa sobremanera, distinguir el derecho de la ciencia jurídica. El derecho es claramente prescriptivo, pues consiste en un conjunto de normas (otra cosa que es menor clara, pero que resulta de su postura, es que también consiste en un conjunto de juicios de valor). Como toda norma (moral, religiosa, etcétera), la jurídica constituye valores, en este caso, valores jurídicos que, por ser establecidos a través de normas creadas por hombres y no por autoridades sobrehumanas, son relativos. La ciencia jurídica, por su parte, es descriptiva y no prescriptiva ni, por supuesto, evaluativa²⁰⁵.

El planteamiento kelseniano se torna aún más complejo al tomar en consideración la supuesta “objetividad” que Kelsen encuentra en los juicios de valor, tal como los hemos descrito. Se trata, aunque paradójicamente, de una objetividad que es relativa, léase válida, únicamente para cierto sistema u ordenamiento jurídico particular. Como pudo verse, la supuesta objetividad que Kelsen encuentra en los juicios de valor, o juicios jurídicos de valor como propone llamarles, hace referencia a la adecuación entre una conducta y un sistema determinado. Al respecto señala Kelsen que:

Se puede establecer la relación de una determinada conducta humana con un orden normativo; es decir: enunciar que esa conducta corresponde, o no, al orden, sin adoptar uno mismo una actitud emotiva frente a ese orden normativo, sea probándolo o desaprobándolo. (...)

²⁰⁴ Esquivel, Javier, “Juicios de valor, positivismo jurídico y relativismo moral”, en *Racionalidad jurídica, moral y política, op. cit., supra* 60, p. 110.

²⁰⁵ *Ibíd.*, p. 109.

Cuando un juicio declara sobre la relación de un objeto, en especial, conducta humana, con respecto del deseo o voluntad hacia él dirigidos, de un hombre, o de muchos hombres; es decir: cuando expresa un valor subjetivo, ese juicio de valor es objetivo en la medida en que quien lo formula no toma en consideración si él mismo desea o quiere el objeto, o su opuesto, si aprueba o desaprueba la conducta, sino sólo establece el hecho de que un hombre, o también, muchos hombres, desean o quieren un objeto, o su opuesto, y en especial, aprueban o desaprueban una determinada conducta²⁰⁶.

Como queda de manifiesto con la exposición que antecede, los juicios de valor en la teoría kelseniana proporcionan un instrumento de verificación empírica respecto del contenido de las normas jurídicas. Al desempeñar una función descriptiva respecto de la adecuación de una conducta (hecho) con una norma, permiten la verificación de su contenido a través de la comprobación de su eficacia²⁰⁷. En un intento de clarificación de esta intrincada tesis el profesor Sedín Mateos nos explica que:

Los juicios de valor sobre la licitud o ilicitud de una conducta son *objetivos*, en primer lugar, si expresan la relación que existe entre una conducta y una norma creada por una autoridad jurídica o por la costumbre. Esos juicios forman parte de un sistema de juicios que reproduce la construcción escalonada del orden jurídico. Así pues, en primera instancia, el juicio de que una conducta es legal o ilegal significa que cumple o incumple una norma positiva *v.gr.* una sentencia. La cuestión es ¿cómo determinar que la sentencia sobre la que se pretende fundamentar la objetividad de un juicio es también legal? Kelsen responde que sobre la sentencia se puede emitir un juicio de valor similar apoyado en la ley o la costumbre que confieren a un juez la potestad para dictarla. De igual modo, el juicio de que la ley o la costumbre son legales significa que se ajustan a la constitución, que confiere autoridad para crear derecho al órgano legislativo o a la costumbre²⁰⁸.

Lo anterior se complementa con la distinción entre valores objetivos y subjetivos que Kelsen postula años después en la Teoría Pura del Derecho. Allí, el profesor vienés enseña que los valores objetivos están constituidos por la relación entre una conducta y una norma objetivamente válida; mientras que los valores

²⁰⁶ Kelsen Hans, *La Teoría Pura del Derecho*, *op. cit.*, *supra* 182, p.35.

²⁰⁷ Kelsen, Hans, "Los juicios de valor en la ciencia del derecho", en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, México, *op cit.*, *supra* 172, 211.

²⁰⁸ Sedín Mateos, José Anotnio, *La filosofía moral de Hans Kelsen*, *op. cit.*, *supra*, 192, p. 201.

subjetivos expresan la relación entre una conducta y el deseo o la voluntad de una persona impuesta sobre otra. Enseña el jurista austriaco:

El valor consistente en la relación de un objeto – especialmente una conducta humana-, con un deseo o voluntad hacia él dirigidos, de un hombre o de varios, puede ser denominada valor subjetivo, para distinguirlo del valor consiste en la relación de una conducta con una norma objetivamente válida, que puede denominarse valor objetivo. (...)

El valor en sentido subjetivo, esto es: el valor consistente en la relación de un objeto con el deseo o la voluntad de un hombre, se distingue del valor en sentido objetivo- es decir, del valor consistente en la relación de una conducta con una norma objetivamente válida-, también en cuanto al primero puede tener diversos grados de intensidad; mientras que una gradación del valor en sentido no es posible, dado que una conducta puede corresponder, o no corresponder, a una norma objetivamente válida, puede solamente contradecirla o no contradecirla, pero no puede corresponderle en más o en menos, contradecirla en más o en menos²⁰⁹.

De igual forma, en la Teoría Pura Kelsen insiste en la necesidad de verificar la correspondencia entre un juicio y la norma que le otorga objetividad, de la siguiente forma:

Si se denomina al enunciado que declara que un comportamiento humano corresponde, o no corresponde, a una norma objetivamente válida, será necesario entonces distinguir el juicio de valor de la norma constitutiva del valor. En cuanto juicio enunciativo puede, en cuanto se refiere a la norma de un orden que mantiene validez, ser verdadero o falso. El enunciado de que, conforme a la moral cristiana, es bueno amar a sus amigos y odiar a sus enemigos, es falso, si una norma de la moral cristiana ordena no sólo amar a los amigos, sino también a los enemigos. La proposición de que es conforme a derecho sancionar a un ladrón en la horca, es falsa, cuando conforme al derecho válido sólo debe ser castigado con privación de libertad, pero no con privación de la vida. Una norma, en cambio, no es ni verdadera ni falsa, sino sólo válida o no válida²¹⁰.

Lo anterior es una formulación mayormente refinada de las proposiciones normativas, que habrán de servir de material para la aplicación de la lógica al

²⁰⁹. Kelsen Hans, *La Teoría Pura del Derecho*, op. cit, supra 182, p. 34.

²¹⁰ Ibídem, p. 33.

derecho, en particular de la que se ha dado en llamar lógica deóntica, que parte, precisamente, de esta distinción entre el valor veritativo de las proposiciones.

3.5 Valoración de la teoría.

A la distancia, esta parte de la teoría de Kelsen sobre los juicios de valor en la ciencia del derecho se antoja, por una parte, insatisfactoria, y por otra, sumamente sofisticada como para dar respuesta a los problemas que la teoría jurídica se plantea actualmente. Ello responde a que, salvo una minoría muy restringida, los teóricos del derecho de hoy no estarían dispuestos a aceptar que la descripción del derecho esté exenta de cualquier valoración que no sea la estrictamente jurídica, en particular, después del ascenso, en décadas recientes, de teorías que incorporan en su discurso elementos morales, *v.gr.* el garantismo o el neoconstitucionalismo, so pena de incurrir en una circularidad. Asimismo, la descripción del derecho sólo a través de juicios jurídicos de valor excluye de forma natural la crítica moral del derecho en la medida en que sólo éstos, por ser objetivos, son racionales.

Sin embargo, considero que las ideas del profesor austríaco sobre el tema arrojan una lección de vital importancia para la teoría del derecho y que, no obstante, es olvidada con frecuencia. La misma puede enunciarse como sigue: la legitimación de un *statu quo* o la justificación de un régimen político a través de un discurso pretendidamente científico se traduciría en el extravío de la razón de ser de la ciencia del derecho. El siguiente pasaje de Kelsen confirma lo dicho:

La tesis de que el derecho, por su naturaleza, es moral; es decir, que sólo un sistema social moral es derecho, no es repudiada por la Teoría pura del derecho únicamente porque implique presuponer una moral absoluta, sino también porque, en sus aplicaciones de hecho, a través de la ciencia jurídica dominante en una determinada comunidad jurídica, conduce a una legitimación acrítica del orden coactivo estatal constitutivo de esa comunidad. (...) Semejante legitimación del derecho positivo podrá, pese a su insuficiencia lógica, prestar buenos servicios políticos. Desde el punto de vista de la ciencia, es inaceptable. Puesto que no corresponde a la ciencia jurídica legitimar al derecho; no tiene por qué justificar en forma alguna – sea mediante una moral absoluta, o

sólo a través de una moral relativa- el orden normativo que sólo debe conocer y describir²¹¹. .

²¹¹ *Ibidem*, p. 81-82.

CAPÍTULO 4

LOS JUICIOS DE VALOR EN H.L.A. HART (1907-1992)

4.1 Introducción.

La filosofía jurídica de Herbert Lionel Adolphus Hart representa el tránsito desde un modelo positivista “fuerte” hacia un positivismo de un talante notablemente menos rígido y dogmático, cuya fuente de inspiración es fácilmente identificable: la filosofía analítica anglosajona. Aunque esta última corriente dista de ser homogénea²¹², puede aseverarse que la teoría jurídica analítica de Hart se inserta dentro de la filosofía analítica del lenguaje ordinario²¹³, cuyo representante más conspicuo fue el filósofo vienés Ludwig Wittgenstein.

Hart adopta, y en cierto sentido reformula, varias de las tesis de la filosofía del lenguaje ordinario para la construcción de su propia teoría, particularmente respecto de cuestiones metodológicas, lo que da lugar a la asignación de una función hermenéutica a la filosofía del derecho. Lo anterior se tradujo en un cambio de paradigma²¹⁴ respecto del modelo de explicación científica del derecho seguido por sus antecesores positivistas²¹⁵, que centraban su explicación en los conceptos de sanción, soberano o mandato, sin intención de interpretar su objeto de estudio.

En cambio, la teoría analítica del derecho de Herbert Hart, aunque no renuncia al positivismo, (probablemente más por una cuestión ideológica que de auténtico

²¹² Bochenski identifica al menos cuatro subcorrientes dentro de la filosofía analítica, a saber: *i)* los carnapianos; *ii)* la escuela de G. E. Moore; *iii)* los wittgenstinianos; y *iv)* los dialécticos. Véase Bochenski, I.M., *La filosofía actual, op. cit. supra* 29, p. 82 y ss.

²¹³ Véase Orrego, Cristóbal, *Analítica del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*, México, UNAM, 2005, p. 90 y ss.

²¹⁴ En el sentido establecido por Kuhn, abordado en el capítulo 1 de la presente investigación.

²¹⁵ En ese sentido, resulta bastante interesante e ilustrativa la aseveración, desde luego paradójica y con cierta exageración, del profesor V. Gardner, distinguido profesor de la University College de Londres, quien señala que el concepto de Derecho de Hart, “es la obra más importante de la corriente iusnaturalista de los últimos 40 años” Desde luego, lo anterior no implica en forma alguna negar la orientación positivista de Herbert Hart. El conjunto de su obra es la mayor prueba de ello, sin embargo, puede sostenerse que su teoría representa un notable avance para la clarificación de numerosas confusiones entre iuspositivistas y iusnaturalistas. Véase: Legarre, Santiago, “El concepto de derecho en John Finnis” en *Persona y Derecho*, 40, (1999), pp. 65-87.

convencimiento), significó un giro sustancial en la explicación del derecho a partir de la cual se ha dado pie a renovadas teorías y enfoques diversos²¹⁶. Al incorporar el concepto de “razón para la acción” como un elemento central en la explicación del derecho, Hart dio el primer paso, al menos al interior de la tradición de la filosofía analítica, para la superación definitiva del positivismo jurídico. Si bien fue sólo el primer paso dado que esta aportación de Hart está sujeta a algunas objeciones, este cambio de paradigma es el verdadero legado de la obra de Hart, y abrió la puerta para la recuperación de la hermenéutica como método interpretativo y el surgimiento de diferentes teorías de la argumentación²¹⁷

Sostengo que una comprensión más acabada de la teoría analítica de Hart sólo tiene lugar mediante el estudio de algunas de las principales directrices de la filosofía wittgenstiana (en particular, del “segundo Wittgenstein”). Razón por la cual, buena parte del presente capítulo es una propuesta de reinterpretación del pensamiento de Hart a partir de la influencia recibida de la filosofía del lenguaje ordinario. Este intento resulta del todo legítimo pues en la teoría jurídica hartiana, la función asignada a la teoría del conocimiento y a la valoración, como parte de la labor del teórico del derecho, son consecuencia de su ascendiente analítico. Dicha comprensión hará más asequible la postura hartiana frente a los juicios de valor, cuestión que abordo en la segunda parte de este capítulo.

La interpretación que propongo no debe conducirnos a desconocer que Hart se vio fuertemente influido por las ideas características del pensamiento liberal reformista del siglo XIX, particularmente, por las ideas de Jeremy Bentham y John Stuart Mill²¹⁸; como lo prueba sus constantes referencias a la obra de estos pensadores, así como su inagotable trabajo de recuperación y reedición de muchas de sus obras. Sin embargo, considero que varios de los aspectos centrales de la teoría analítica del derecho de Hart se encuentran fuertemente influenciados por la

²¹⁶ Véase Orrego, Cristóbal, “De la ontología del derecho al derecho justo. Progresos recientes de la teoría analítica del derecho” en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, núm. 2 (2003), pp. 307-320.

²¹⁷ Empleo esta expresión en el sentido propuesto por von Wright, véase *Explicación y comprensión*, *op. cit.*, *supra* 17, p. 12.

²¹⁸ Véase Raz, Joseph, “En memoria de H.L.A. Hart”, trad. Juan Ruíz Manero, en *Doxa*, 13, 2003., pp. 27-30.

filosofía del lenguaje ordinario de la que fue contemporáneo, sobre todo en su principal auge, a mediados del siglo pasado. En cualquier caso, hay elementos para afirmar que su teoría es el resultado de un afortunado sincretismo entre estas dos corrientes del reflexionar filosófico.

4.2 El entorno intelectual de H.L.A. Hart.

Entender la obra de Hart en su complejidad requiere ocuparse del entorno intelectual en que ésta se desarrolló. Ya hemos mencionado en el apartado introductorio, que la teoría jurídica propuesta por el profesor oxoniense se inserta dentro de la subcorriente de la filosofía analítica conocida como filosofía del lenguaje ordinario, puesto que su principal preocupación radica en indagar sobre los usos comunes del lenguaje con miras a establecer el significado de las palabras.

Pues bien, a mediados del siglo pasado, esta subcorriente de la filosofía analítica se encontraba en su punto de mayor esplendor, debido, en buena medida, a que sus principales exponentes, dos de los filósofos más destacados del siglo pasado: Ludwig Wittgenstein en la Universidad de Cambridge y John Langshaw Austin en la Universidad de Oxford²¹⁹, se encontraban en el mejor momento de su producción intelectual. Como es sabido, la vida intelectual de Hart se encuentra indefectiblemente ligada a la Universidad de Oxford, donde adquirió en 1953 la titularidad de la cátedra de *jurisprudence*²²⁰, por lo que se encontraba en íntimo contacto con la filosofía entonces en boga. Incluso, en el Prefacio de su *Concepto de Derecho* invoca a J.L. Austin como un ejemplo preclaro del reflexionar filosófico²²¹ de la época. De lo anterior da cuenta el profesor Neil Maccormick, en su conocida monografía sobre Hart:

²¹⁹ Véase De Páramo Arguelles, Juan Ramón, *H.L.A. Hart y la Teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 44 y ss.

²²⁰ Véase Tamayo y Salmorán, Rolando, "Estudio introductorio" en Hart, H.L.A., *Post scriptum al concepto de derecho*, México, UNAM, 2000, p. XXI

²²¹ Hart señala que en el estudio del derecho: "es particularmente verdad, como decía el Profesor. J.L Austin, que podemos usar 'una conciencia agudizada de las palabras para agudizar nuestra

Había así una convergencia de ideas entre WITTGENSTEIN y sus seguidores de Cambridge y los proponentes del <<análisis lingüístico>> en su versión de Oxford. Ambos compartían el punto de vista de que los filósofos deben estar alerta sobre cómo el lenguaje, y particularmente la jerga técnica empleada en los enfoques filosóficos tradicionales, puede ser la misma fuente de los problemas de los filósofos en relación con la naturaleza del mundo. Las palabras no siempre y no necesariamente <<representan>> cosas, de modo que, antes de lanzarse a investigar las supuestas cosas que hay detrás de las palabras, debemos averiguar cuidadosamente las formas y las condiciones bajo las cuales dichas palabras se usan significativamente en el lenguaje que hablamos. Una tarea clave para la filosofía es, por tanto, esforzarse por un entendimiento interpretativo del discurso humano normal en sus manifestaciones sociales normales²²²

Por otra parte, es cosa bien conocida que la influencia de lo que se ha dado en llamar como el “segundo Wittgenstein” fue determinante para el desarrollo de la filosofía analítica del lenguaje ordinario²²³, por lo que no es extraño que muchas de las tesis de Hart de corte marcadamente analítico abrevien directamente del legado de este pensador y de algunos de sus principales continuadores, como veremos a continuación. Para explicar mejor la tesis que deseo defender conviene realizar un somero repaso a las ideas de Wittgenstein.

En el “segundo Wittgenstein” se opera un cambio sustancial, en particular por su abandono del apriorismo y su decantamiento por los estudios *a posteriori*²²⁴. Sólo el análisis del lenguaje ordinario, como actividad social, puede ser un referente confiable del significado de los términos. A diferencia de lo sentado por el propio Wittgenstein años atrás, el mundo no es ya un conjunto de hechos aislados (atómicos), por lo que la función del lenguaje no es ya una función figurativa de la realidad. Por ello la atención debe ser puesta en el lenguaje ordinario, del que se hace uso constantemente, para poder atribuir significado a los términos²²⁵.

percepción de los fenómenos”, Véase Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. XII.

²²² Maccormick, Neil, *H.L.A. Hart*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 85.

²²³ Véase von Wright, George, *Explicación y comprensión*, *op. cit.*, *supra* 17, p. 52.

²²⁴ Véase Beuchot, Mauricio, *Ludwig Wittgenstein. Analogía y parecidos de familia*, *op. cit.*, *supra* 21, p. 26.

²²⁵ *Ibidem*, p. 27.

En las *Investigaciones Filosóficas*, Wittgenstein desarrolla la tesis de que el uso del lenguaje, al estar constituido por reglas, es “análogo” al de los juegos, razón por la cual los llama “juegos del lenguaje”. Sobre esta noción, el profesor Fernando Escalante Gonzalbo explica:

Un juego del lenguaje es un esquema, una fórmula simplificada de situaciones típicas de comunicación, cuya estructura contribuye a definir el significado de cualquier frase y cualquier palabra dentro de una frase. La expresión <<juego>> se refiere, por supuesto, a la existencia de reglas, generalmente implícitas, compartidas por quienes participan en la situación. (...) Para saber qué sentido debe dársele a una palabra es indispensable saber, para empezar, a qué juego se está jugando²²⁶.

Así, el estudio del lenguaje se encuentra estrechamente vinculado al de las circunstancias en que se emplea, a lo que Wittgenstein llama una “forma de vida”. De estas formas de vida o contextos²²⁷, es de lo que depende el significado de los términos, pues, según esta argumentación, el significado de un término sólo puede ser señalado por referencia al “juego” y la forma de vida al que pertenece. Lo anterior hace decir a Wittgenstein: “El significado de una palabra es su uso en el lenguaje”²²⁸; y más adelante “En vez de indicar algo que sea común a todo lo que llamamos lenguaje, digo que no hay nada en absoluto común a estos fenómenos por lo cual empleamos la misma palabra para todos”²²⁹

Como puede verse, esta teoría se encuentra respaldada por una visión radicalmente antiesencialista, pues renuncia a que el lenguaje denote alguna realidad específica, y por el contrario, el sentido del lenguaje depende de su contexto, de la “forma de vida” o contexto en que esté siendo empleado.

Cabe mencionar que de esta etapa del pensamiento wittgensteiniano provienen dos de las cuestiones centrales su filosofía, a saber: su tesis sobre “los parecidos de familia” en el empleo de los términos, así como de lo que implica “seguir una

²²⁶ Escalante Gonzalbo, Fernando, *Una idea de las ciencias sociales*, México, Paidós, 1999, p. 171.

²²⁷ Véase Beuchot, Mauricio, *Ludwig Wittgenstein. Analogía y parecidos de familia, op cit., supra* 21, p. 27.

²²⁸ Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones Filosóficas*, (trad. Carlos Ulises Moulines), México, UNAM-Secretaría de Cultura, 2007, p. 43.

²²⁹ *Ibíd.*, p. 65.

regla". Sobre el primer tópico, señala el filósofo vienés que la extensión en el uso de los conceptos se debe a que éstos se encuentran "emparentados" entre sí, por lo que es posible ampliar su uso hacia nociones más o menos periféricas, que comparten ciertos rasgos entre sí²³⁰. Sobre seguir una regla, Wittgenstein enseña que significación de las palabras está dada a partir de reglas, que son identificables como tales por los otros en un contexto social.

Para esta segunda etapa del pensamiento wittgenstiniano, se considera que la filosofía cumple una función "terapéutica"²³¹, consistente en disolver los tradicionales problemas filosóficos a través de su análisis del lenguaje ordinario. Según esta visión, los problemas filosóficos que han preocupado al hombre durante siglos no son sino confusiones lingüísticas que conducen a la metafísica, y corresponde a la filosofía disolverlas a través de la descripción del lenguaje en que están formulado. El profesor vienés pretende desmitificar toda la filosofía a través de este método:

Cuando los filósofos usan una palabra - <<conocimiento>>, <<ser>>, <<objeto>>, <<yo>>, <<proposición>>, <<nombre>>- y tratan de captar la *esencia* de la cosa, siempre se ha de preguntar: ¿Se usa efectivamente esta palabra de este modo en el lenguaje que tiene su tierra natal?

Nosotros reconducimos las palabras de su empleo metafísico a su empleo cotidiano²³²

Así pues, en el segundo Wittgenstein hay un abierto rechazo al "esencialismo" que se esconde detrás de las expresiones lingüísticas, ya que éstas no denotan, por sí mismas, realidad alguna, y únicamente adquieren significado en virtud de las reglas y el contexto en que se emplean. Nos explica el profesor Mauricio Beuchot que:

En cambio, en la segunda etapa, adopta una teoría del lenguaje basado en el uso; las expresiones no pintan nada, sino que se usan como juegos. Hay diversos juegos de lenguaje que reflejan formas de vida dentro de las cuales adquieren significado. Esto

²³⁰Veáse Beuchot, Mauricio, *Ludwig Wittgenstein. Analogía y parecidos de familia*, op. cit, supra 21, p.32.

²³¹ Ibídem, p. 30.

²³²Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, op. cit., supra 228, p. 116.

último lo acerca a un gran relativismo, en el que entiende la filosofía como una terapia en contra de los malos usos del lenguaje, que son los que provocan los problemas filosóficos, sobre todo metafísicos. Si se usan correctamente las palabras, esos problemas desaparecerán y el hombre encontrará su curación²³³.

La filosofía del “segundo Wittgenstein” trascendió el ámbito de la filosofía y tuvo una amplia recepción en áreas como la filosofía de la ciencia, la antropología y la metodología de las ciencias sociales de la segunda mitad del siglo XX. Cabe precisar que si bien Wittgenstein no se ocupó propiamente de dichas cuestiones, su influencia se debió a la amplia difusión de sus ideas llevada a cabo por sus discípulos, colegas, comentaristas y disertadores. Entre ellos destacan, particularmente, los casos de los filósofos Peter Winch y Friederich Waismann, ambos de notable influencia en el pensamiento iusfilosófico, en particular, en el de Herbert Hart.

Winch desarrolló el planteamiento wittgenstiniano sobre el significado de seguir una regla, como acto de significación eminentemente social. Para el filósofo inglés, seguir una regla sólo tiene sentido en un contexto social en el cual los demás participantes puedan comprender que determinada conducta se apega o no a una regla. Este reconocimiento por parte de los demás participantes es el acto de significación de la regla, mediante el cual cobra sentido. De modo que la interpretación de la conducta a través de reglas posibilita evaluar críticamente la conducta de los individuos en relación a si se ajustan al contenido de la regla en cuestión. Señala dicho autor:

Porque la noción de seguir una regla es lógicamente inseparable de la noción de cometer un *error*. Si existe la posibilidad de decir que alguien está siguiendo una regla, esto significa que se puede preguntar si está haciendo las cosas correctamente o no. De otra manera, no hay nada establecido en su conducta que permita asir la noción de regla; no tiene entonces *sentido* describir su conducta de ese modo, dado que todo lo que hace es tan bueno como cualquier otra cosa que pueda hacer; y esto porque lo central del concepto de regla es que nos capacita para *evaluar* lo que se está haciendo²³⁴.

²³³Beuchot, Mauricio, *Ludwig Wittgenstein. Analogía y parecidos de familia, op. cit., supra* 21, p. 18

²³⁴ Winch, Peter, *Ciencia social y filosofía*, Buenos aires, Amorrortu editores, 1990, p. 35

Así, la descripción en términos de reglas sólo tiene sentido si se entiende inserta en un contexto social que la dote de significación, por lo que una regla vale como tal en virtud de que puede ser comprendida por otras personas:

En una sociedad humana, tal como la conocemos, con su lenguaje e instituciones establecidos, existe, por supuesto, la posibilidad de que un individuo se adhiera a una regla *privada* de conducta. Pero aquello en lo que insiste Wittgenstein es, primero, que debe ser posible en principio que otras personas comprendan esa regla y juzguen cuándo se la sigue correctamente, y segundo, que no tiene sentido suponer que haya alguien capaz de establecer una norma de conducta puramente personal, *si nunca tuvo alguna experiencia de la sociedad humana con sus reglas socialmente establecidas*²³⁵.

Esta forma de interpretación de la conducta humana a través de las reglas implica una forma de comprensión de la misma, que está ausente en los métodos tradicionales de las ciencias de la naturaleza. Por ello, para Winch el teórico social se enfrenta al reto de adoptar una postura comprensiva de su objeto de estudio, atendiendo a las implicaciones prácticas. Señala Winch:

Aunque no es necesario ponerlas en primer plano cuando se trabaja con situaciones propias de la sociedad en que se vive, o de sociedades con cuya vida se está razonablemente familiarizado, las implicaciones prácticas se vuelven apremiantes cuando el objeto de estudio es una sociedad alejada culturalmente de la del investigador. Esto explica el peso atribuido por los idealistas a conceptos como <<empatía>> e <<imaginación histórica>> (con lo que no se quiere negar que tales conceptos den lugar a sus propias dificultades). También se vincula con otra de sus doctrinas características: que la comprensión de una sociedad humana está íntimamente relacionada con las actividades del filósofo.²³⁶

En síntesis, puede señalarse que el pensamiento de Wittgenstein, aunque en forma indirecta, representó un aporte fundamental para el avance de los métodos de las ciencias sociales, al poner énfasis en un aspecto presente en todas ellas: el

²³⁵Ibidem, p. 36.

²³⁶ Ibidem, p. 86.

lenguaje, mismo que se encuentra en íntima conexión con las prácticas y las formas de vida en que se manifiesta.²³⁷

4.3 Wittgenstein y H.L.A. Hart.

Partiendo de la breve exposición de la filosofía del “segundo Wittgenstein” que antecede, el presente apartado propone una relectura de algunas de las principales tesis de la teoría analítica del derecho de Herbert Hart, que nos permitirá tener un mejor entendimiento de la misma.

Antes, considero importante tener presente por qué decimos que la teoría de Hart es analítica. Según la profesora Julie Dickson, el pensamiento analítico en relación con el derecho presupone la existencia de características esenciales que determinan tanto la existencia como lo que el derecho es²³⁸, y por tanto, se caracteriza por (i) ofrecer proposiciones en relación al derecho que sean necesariamente verdaderas y (ii) ofrecer proposiciones acerca del derecho que expliquen adecuadamente la naturaleza del derecho. En un plano más general, la filosofía analítica es una filosofía apriorista, que sostiene la posibilidad de resolver los problemas tradicionalmente planteados a la filosofía a través del análisis del lenguaje²³⁹. Parte del supuesto, compartido con otras importantes formas de reflexión filosófica, de que el conocimiento filosófico es independiente de la experiencia (a priori) y en esa medida se distancia y distingue de las demás ciencias. Su preocupación principal está puesta en aquellos presupuestos de nuestras comprensiones generales sobre el mundo, que creemos conocer de antemano, y sin embargo, cuando intentamos explicarlas nos encontramos con severas dificultades. Así, la filosofía analítica se ocupa, principalmente, de la clarificación de esas estructuras “previas” del pensamiento valiéndose del análisis

²³⁷ Cfr. Escalante, Gonzalbo, Fernando, *Una idea de las ciencias sociales*, op. cit., supra 226, p. 172.

²³⁸ Dickson, Julie, *Evaluación en la teoría del derecho*, op. cit., supra 4, p. 21.

²³⁹ Cfr. Tugendhat, Ernst, *Introducción a la filosofía analítica*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2003, p. 18.

del lenguaje que utilizamos para su expresión²⁴⁰. Por ello, a decir del filósofo alemán Ernst Tugendhat, la filosofía analítica:

Comparte la concepción tradicional de que la filosofía es un conocimiento apriórico e interpreta el a priori en sentido analítico. En relación con la concepción de la temática filosófica antes expuesta, esto significa que el saber implícito en toda comprensión hay que entenderlo como el saber del significado de las expresiones lingüísticas en que la comprensión se articula²⁴¹.

Pues bien, todos estos aspectos son patentes en la teoría del derecho de Hart, pues se erige sobre el presupuesto de que es posible identificar los rasgos o elementos esenciales del derecho (condiciones necesarias y suficientes)²⁴² que permiten su existencia. De igual forma, se propone clarificar las estructuras previas del pensamiento jurídico a través del análisis del lenguaje que emplean los juristas.

Más aún, la identificación del derecho como la unión entre reglas primarias y secundarias, así como la división tripartita de éstas últimas (reconocimiento, cambio y adjudicación) no son sino un intento, exitoso en mi opinión, de superar los equívocos reduccionistas de sus antecesores en su esfuerzo de identificar al derecho como mandatos, órdenes respaldadas por amenazas, etc. Antes bien, la teoría del derecho de Hart pretende, sin rechazar totalmente las teorías de Bentham, Austin e incluso Kelsen, perfeccionar su metodología para poder captar en forma completa el fenómeno normativo. Pasemos entonces a enumerar algunas de las tesis hartianas que nos parecen mayormente deudoras de la filosofía de Wittgenstein y su círculo:

a) La filosofía y la teoría analítica del derecho de Hart.

Líneas arriba expusimos que dentro del pensamiento del segundo Wittgenstein, la filosofía cumple una función “terapéutica”, consistente en disolver los tradicionales problemas filosóficos a través del análisis del lenguaje ordinario. Según esta

²⁴⁰ Ibídem p. 21

²⁴¹ Ibídem, p. 22.

²⁴² Tamayo y Salmorán, Rolando, “Estudio Introductorio”, en Hart, H.L.A., *Post scriptum al concepto de derecho*, op. cit., supra 220, p. XIV

visión, los problemas filosóficos que han preocupado al hombre durante siglos no son sino confusiones lingüísticas que conducen a la metafísica, y corresponde a la filosofía disolverlas a través de la descripción del lenguaje en que están formulados. El profesor vienés pretende desmitificar toda la filosofía a través de este método. Así pues, en el segundo Wittgenstein hay un abierto rechazo al “esencialismo” que se esconde detrás de las expresiones lingüísticas, ya que éstas no denotan, por sí mismas, realidad alguna, y únicamente adquieren significado en virtud de las reglas y el contexto en que se emplean.

Tal parece ser la concepción de la filosofía que subyace al pensamiento de Hart en *El concepto de Derecho*, pues ya desde el Prefacio a dicho libro, el profesor de Oxford se propone como objetivo principal llevar a cabo una clarificación de la estructura del pensamiento jurídico a partir de una teoría de la significación de los términos jurídicos. Señala Hart:

En este libro he querido promover la comprensión del derecho, la coerción y la moral, en cuanto fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados (...). El jurista verá en este libro un ensayo de teoría jurídica analítica (*analytical jurisprudence*), porque se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del derecho o política jurídica. Además, en muchos puntos he planteado problemas que bien puede decirse que versan sobre el significado de términos. Así, por ejemplo, he considerado como “verse obligado” difiere de “tener una obligación”; cómo el enunciado de que una regla es una norma jurídica válida difiere de una predicción de la conducta de los funcionarios; qué es lo que quiere decir la aserción de que sus miembros hacen habitualmente ciertas cosas y cómo se asemeja a ella ²⁴³.

Más adelante, Hart insiste en que la investigación sobre el uso de los términos lingüísticos es crucial para el entendimiento de las relaciones sociales a que dan lugar, por lo que aclara:

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. Muchas distinciones importantes, que no son inmediatamente obvias entre tipo de situación social, o relaciones, pueden ser esclarecidas mejor mediante un examen de los usos

²⁴³ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, op. cit., supra 221, p. XII.

típicos de las expresiones relevantes y de la manera en que éstas dependen de un contexto social que a menudo no se expresa²⁴⁴.

Es claro que en el pensamiento de Hart, domina una visión “terapéutica” de la filosofía, encaminada a diluir las confusiones generadas por un uso equívoco del lenguaje jurídico a través de un riguroso análisis del lenguaje que emplean los juristas.

b) El método de definición de los términos jurídicos

Recordemos que en el planteamiento wittgenstiniano, los términos sólo cobran significado si se entienden insertos dentro un juego del lenguaje, relacionado con el contexto en que se emplean, de modo que el establecimiento de significado a un término va ligado indefectiblemente a su contexto, o forma de vida.

Pues bien, en la conferencia dictada con motivo de la clase inaugural de la cátedra de *jurisprudence* en el año 1953, intitulada “*Definición y teoría en la ciencia jurídica*”, Hart avanza la tesis de que el método tradicional de definición resulta inaplicable a los términos jurídicos que conforman a la ciencia jurídica, pues éstos carecen de correlatos empíricos que permitan una verificación directa. Además, dicho método de definición, presupone que todos los ejemplos que se adecuan a una definición gozan en igual medida de las mismas características, por lo que fácilmente el término es extensible hacia todos ellos²⁴⁵.

En sentido contrario, Hart cree conveniente adoptar un método de definición acorde con la naturaleza de lo jurídico, y dicho método es precisamente el de considerar a los términos como formando parte de frases enteras, de juegos del lenguaje. Hart lo expresa de la siguiente manera:

Los primeros esfuerzos para definir términos como persona jurídica, derecho subjetivo o deber revelan que éstos no tienen la directa conexión con contrapartidas (counterparts) en el mundo empírico que caracteriza a las palabras más usuales y a las cuales recurrimos en nuestras definiciones de palabras habituales. Nada hay que simplemente corresponda a estos términos jurídicos, y cuando tratamos de definirlos nos hallamos con

²⁴⁴ *Ibidem*, p. XII.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 18.

que las expresiones que ofrecimos en nuestra definición y que especifican tipos de personas, cosas, cualidades, acontecimientos, y procesos materiales o psicológicos, jamás son el equivalente preciso de aquellos términos jurídicos, si bien se hallan a menudo conectados con ellos de alguna manera²⁴⁶.

Aunque en dicha disertación Hart cita en su favor al pensamiento de Bentham, la influencia recibida por la filosofía wittgenstiniana es inocultable:

Hace mucho tiempo BENTHAM nos previno que los términos jurídicos exigen un método especial de elucidación y enunció un principio que constituye el comienzo de la sabiduría en este asunto aunque no el fin. Señaló que nunca tenemos que tomar a estos términos en forma aislada, sino considerar frases enteras en que aquéllos desempeñen su papel característico. No hay que tomar la expresión “derecho subjetivo”, sino la frase “X tiene un derecho subjetivo”; no hay que tomar la palabra “Estado” sino la frase “Y es un miembro o un funcionario del Estado”²⁴⁷

Por ello, Hart, siguiendo el ejemplo de los economistas y los hombres de ciencia, quienes emplean modelos para simplificar y hacer inteligibles complejas relaciones de hechos, considera que el modelo explicativo de los juegos es el más apropiado a la naturaleza del derecho, por lo que se propone, a partir del modelo que éstos proporcionan, explicar al fenómeno jurídico:

De tal modo, en lo que sigue emplearé como una analogía simple las reglas de un juego que en muchos puntos vitales presenta la misma desconcertante estructura lógica que las reglas del derecho. Y describiré cuatro características distintivas que muestran, pienso, el método de elucidación que deberíamos aplicar al derecho, y por qué no da resultados el modo común de definición²⁴⁸.

Años después, en *El Concepto de Derecho*, Hart insiste en la inadecuación del método tradicional de definir al fenómeno jurídico y apunta:

La definición, como la palabra lo sugiere, es primariamente una cuestión de trazar límites o discriminar entre un tipo de cosa y otro, que el lenguaje distingue mediante una palabra separada. La necesidad de tal delimitación es experimentada con frecuencia por quienes están perfectamente habituados al uso cotidiano de la palabra en cuestión, pero no pueden

²⁴⁶ Hart, H.L.A., “Definición y teoría en la ciencia jurídica” en Hart, H.L.A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, op. cit., supra 162, p. 97.

²⁴⁷ Ibídem p. 102.

²⁴⁸ Ibídem p. 104.

enunciar o explicar las distinciones que, según ellos sienten, dividen un tipo de cosa de otro. Todos nosotros nos hallamos a veces en esa situación: es fundamentalmente la del hombre que dice, "Yo puedo reconocer un elefante si lo veo, pero no puedo definirlo". La misma situación fue expresada en algunas famosas palabras de San Agustín sobre la noción de tiempo "¿Qué es pues 'tiempo'? Si nadie me lo pregunta lo sé; si deseo explicarlo a alguien que me lo pregunta, no lo sé"²⁴⁹.

Es interesante hacer notar que Hart recurre, en forma análoga, al ejemplo con que Wittgenstein inicia sus *Investigaciones Filosóficas*, al ejemplo de San Agustín sobre la noción del tiempo, como característico de la perplejidad y desconcierto que genera el lenguaje a quien pretende usarlo correctamente; perplejidad que da lugar, según Wittgenstein, a la filosofía misma²⁵⁰.

Con ese antecedente, es que el método wittgenstiniano de los "parecidos de familia" encuentra, según Hart, un acomodo mejor para la naturaleza del derecho, y permea buena parte de su obra. Nos enseña Hart:

Las palabras generales no nos servirían como medio de comunicación si no existieran esos casos familiares generalmente indiscutidos. Pero las variantes de lo familiar reclaman también ser clasificadas bajo los términos generales que en un determinado momento constituyen parte de nuestro equipo lingüístico. Aquí se precipita algo así como una crisis en la comunicación: hay razones tanto a favor como en contra de que usemos un término general, y no existe convención firme o acuerdo general alguno que dicte su uso o su rechazo a la persona ocupada en clasificar. Si han de resolverse las dudas, quienquiera sea el encargado de ello tendrá que llevar a cabo un acto de la naturaleza de una elección entre alternativas abiertas.

En este punto, el lenguaje general dotado de autoridad en que se expresa una regla sólo puede guiar de una manera incierta, tal como guía un ejemplo. Aquí hay que abandonar la idea de que el lenguaje de la regla nos permitirá escoger ejemplos fácilmente reconocibles, el proceso de subsunción y la derivación silogística ya no caracterizan el razonamiento que ponemos en práctica al determinar cuál es la acción correcta²⁵¹.

²⁴⁹ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, op. cit., supra 221, p. 17.

²⁵⁰ Véase, von Wright, Georg Henrik, "Filosofía, ¿una guía para perplejos?" en *Doxa*, vol. 21, núm. 1, (1998), pp. 21 - 38.

²⁵¹ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, op. cit., supra 221, p. 158.

También, en ese sentido se inscribe la, denominada por Hart, “textura abierta del lenguaje” del Derecho, en referencia a la amplitud de significados y a la mutabilidad del término derecho, en función del contexto en que aparece. Indica Hart:

Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta”.. Hasta aquí hemos presentado esto, en el caso de la legislación, como una característica general del lenguaje humano; la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho. Los lenguajes naturales – tal como el idioma inglés – muestran, cuando se los usa así, una irreductible textura abierta²⁵².

c) Reglas como significación de conductas

La tesis de las reglas como significación de conductas sociales que aprendimos con Wittgenstein, y la posterior elaboración de Winch, también se encuentra presente en la teoría de Hart. Para éste último, la existencia de una regla social, incluyendo las jurídicas, depende de que sean consideradas como pautas o criterios generales de comportamiento a ser seguido, esto es, requieren de la existencia del punto de vista interno de sus destinatarios, o por lo menos de algunos de ellos, como condición para su existencia, i.e. el punto de vista de aquél que adopta la regla y la utiliza como criterio para evaluar la conducta de los demás. Es bien conocida la distinción que Hart realiza entre hábitos y reglas, por lo que no es el caso de abundar mayormente al respecto. Sin embargo, es pertinente aclarar que dicha distinción radica, como en Winch, entre el aspecto interno, propio de las reglas, y la simple regularidad de conductas observada desde fuera, externamente. Enseña Hart:

En primer lugar, para que el grupo tenga un hábito, basta con que su conducta converja de hecho. No es necesario que la desviación respecto del curso regular suscite alguna forma de crítica. Pero tal convergencia general, o aun la identidad de conducta, no basta

²⁵² *Ibidem*, p. 159.

para constituir la existencia de una regla que exija esa conducta: cuando existe tal regla las desviaciones son generalmente consideradas como deslices o faltas susceptibles de crítica, y las amenazas de desviación chocan con una presión a favor de la conformidad, si bien las formas de crítica y presión varían según los diferentes tipos de reglas.

En segundo lugar, cuando existen tales reglas, no sólo se hace de hecho esa crítica, sino que las desviaciones respecto del modelo o pauta son aceptadas generalmente como una buena razón para formularla. La crítica a la desviación es considerada como legítima o justificada en este sentido, tal como las exigencias de cumplimiento frente a la amenaza de desviación (...)

La tercera característica que distingue las reglas sociales de los hábitos está implícita en lo que ya hemos dicho, pero es tan importante, y ha sido desatendida o desfigurada por la teoría jurídica con tanta frecuencia, que tendremos que desarrollarla aquí. Es una característica que a lo largo de este libro denominaremos el aspecto interno de las reglas. Cuando un hábito es general en un grupo social, esta generalidad no es más que un hecho acerca de la conducta observable de la mayor parte de los miembros del grupo. Para que haya tal hábito no es necesario en modo alguno que éstos piensen en la conducta general, que sepan siquiera que la conducta de que se trata es general; menos necesario aún es que tiendan a inculcar el hábito o a mantenerlo. Basta con que cada uno se comporte en la forma en que los otros también lo hacen²⁵³.

Como puede verse, la distinción entre reglas y hábitos es una cuestión central de la teoría de Hart, que constituye la piedra angular de la crítica que el profesor de Oxford formula contra teorías del derecho precedentes que omiten o prestan poca atención al aspecto interno de las reglas, que constituye la razón misma de su existencia. Continúa Hart:

Por contraste, para que exista una regla social por lo menos algunos tienen que ver en la conducta que se trata una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo. Además, el aspecto externo que comparte con un hábito social y que consiste en la conducta regular uniforme que un observador puede registrar, toda regla social tiene un aspecto “interno”²⁵⁴.

Para Hart, el punto de vista interno que caracteriza a las reglas del derecho es análogo, como en Wittgenstein, al punto de vista de aquél que practica un juego, y

²⁵³ *Ibíd.*, p. 70.

²⁵⁴ *Ibíd.*, p. 71

Cree sensatamente que su proceder se apega al dictado de las reglas preestablecidas para el caso, al tiempo que cuenta con la capacidad de evaluar críticamente el desempeño de su contrincante si éste se aleja de lo dispuesto por las reglas. Indica Hart:

Este aspecto interno de las reglas puede ser ilustrado simplemente con las reglas de cualquier juego. No es que los jugadores de ajedrez tengan meramente el hábito similar de mover la reina de la misma manera, hábito que podría registrar un observador externo que no supiera nada de las actitudes que aquéllos tienen respecto de sus jugadas. Además de ello, los jugadores observan una actitud crítica reflexiva en relación con este patrón de conducta: lo consideran un criterio o pauta para todo aquel que practique el juego. Cada jugador no sólo mueve la reina de cierta manera, sino que “tiene opinión formada” sobre la corrección de todos los que mueven la reina de esa manera. Esta opinión se manifiesta en la crítica y en las exigencias hechas a los otros frente a la desviación presente o amenazada, y en el reconocimiento de la legitimidad de tal crítica y de tales exigencias cuando los otros nos la formulan.²⁵⁵

4.4 H.L.A. Hart: ¿hermeneuta?

El principal aspecto teórico que Hart comparte con la filosofía hermenéutica es la aplicación de la noción de razón para la acción como elemento central de la explicación acerca del derecho. Este aspecto de la teoría de Hart a la que no suele prestarse tanta atención como debiera, constituye una ruptura con el monismo metodológico propio del positivismo precedente y reivindica un método propio para los estudios sociales. En este paso dado por Hart, la influencia de Winch y otros filósofos de la acción es notoria. Nos explica el profesor von Wright:

Su libro [se refiere a Winch] *The Idea of a Social Science*, publicado en 1958, constituye, como el libro de Dray un ataque al positivismo y una defensa de la comprensión de los fenómenos sociales por métodos radicalmente diferentes de los empleados en la ciencia natural. La tradición latente en la obra de Winch es, en parte la metodología <<comprensiva>> de Max Weber y, en parte, la tendencia hegeliana representada en Inglaterra por Collingwood y Oakeshott. Con todo, la influencia mayor procede del último Wittgenstein.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 71

Puede decirse que el libro de Winch se centra en la cuestión de los criterios de la conducta (acción) social. El científico social debe comprender el <<significado>> de los datos de comportamiento que registra si quiere tratarlos como hechos sociales. Alcanza este género de comprensión mediante la descripción (interpretación) de los datos en términos de conceptos y reglas que determinan la <<realidad social>> de los agentes estudiados. La descripción, y la explicación, de la conducta social debe servirse de la misma trama conceptual que la empleada por los propios agentes sociales. En razón de ello, el científico social no puede permanecer al margen de su objeto de estudio de la forma en que puede hacerlo un científico natural²⁵⁶.

Como indicamos líneas arriba, la filosofía hermenéutica se caracteriza por su empeño en la comprensión del objeto estudiado, así como de su carácter psicológico e intencional²⁵⁷. Continúa von Wright:

Todos estos pensadores rechazan el monismo metodológico del positivismo y rehúsan tomar el patrón establecido por las ciencias naturales exactas como ideal regulador, único y supremo de la comprensión racional de la realidad. Muchos de ellos acentúan el centrarse entre las ciencias, que al modo de la física, la química o la fisiología, aspiran a generalizaciones sobre fenómenos reproducibles y predecibles, y las ciencias que, como la historia, buscan comprender las peculiaridades individuales y únicas de sus objetos²⁵⁸.

Así, el giro metodológico de Hart a raíz de la crítica que endereza en contra del reduccionismo explicativo en que han caído diversas teorías del derecho precedentes, señala que pasan por alto el punto de vista interno, crucial para el estudio de las reglas, pues a partir de él se extraen las razones para la acción que juegan en la deliberación de quienes se encuentran sujetos al derecho. Antes bien, dichas teorías se limitan a describir, desde un punto de vista externo, la conducta de los individuos sometidos al derecho, pero este enfoque no puede sino ofrecer un abanico de regularidades de conducta respecto de las cuales es imposible llevar a cabo una comprensión de lo que se estudia. Hart lo expone con gran claridad:

Lo que no puede reproducir el punto de vista externo, que se limita a las regularidades observables de conducta, es la manera en que las reglas funcionan como tales en la vida

²⁵⁶ Véase von Wright, Georg, *Explicación y comprensión*, *op cit.*, *supra* 17, p. 51.

²⁵⁷ *Ibíd.*, p. 52

²⁵⁸ *Ibíd.*, p. 23

de quienes normalmente constituyen la mayoría de la sociedad. Estos son los funcionarios, abogados, o particulares que las usan, en situación tras situación, como guías conducir la vida social, como fundamento para reclamaciones, demandadas, reconocimientos, críticas o castigos, esto es, en todas las transacciones familiares de la vida conforme a reglas. Para ellos la violación de una regla no es simplemente una base para la predicción de que sobrevendrá cierta reacción hostil, sino una *razón* para esa hostilidad²⁵⁹.

El giro metodológico que encierra la teoría analítica de Hart consiste en sustituir el enfoque de la mera explicación hacia la comprensión del significado asignado por los agentes que participan en la práctica social del derecho. Valiéndose del concepto de punto de vista interno, Hart se preocupa por lo que los participantes de la práctica social consideran derecho. Explica el profesor Juan Ramón de Páramo:

Así, se puede interpretar que para Hart, el modo de explicar, y también de describir los fenómenos sociales se lleva a cabo mediante la comprensión del significado atribuido por sus mismos agentes. Esta concepción, que se separa claramente del monismo metodológico anglosajón que toma como modelo explicativo de los fenómenos sociales los modelos explicativos de las ciencias naturales, puede encontrar precedentes entre los filósofos defensores de las ciencias sociales <<comprensivas>> y, sobre todo, en la obra del <<segundo>> Wittgenstein, para quien la descripción de las acciones sociales se puede encontrar en el modo del habla de sus propios agentes, especialmente en los discursos que tratan de describir sus propias acciones²⁶⁰.

Por ello, el teórico descriptivo debe preocuparse por la significación de las prácticas sociales, atendiendo a sus finalidades a través del análisis del lenguaje ordinario. Continúa explicando el profesor De Páramo:

En líneas generales, se podría decir que mientras en el análisis reductivo se asignaba un valor paradigmático al lenguaje de la ciencia natural – interpretando la conducta humana en términos de relación de causa a efecto, - los <<nuevos teleólogos>> un valor paradigmático al lenguaje ordinario en el que cotidianamente se atribuye a nuestros actos propósitos y finalidades, mientras que para unos la conducta humana puede ser

²⁵⁹ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, op. cit., supra 221, p. 113.

²⁶⁰ De Páramo Argüelles, Juan Ramón, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*, op. cit., supra 219, p. 22.

explicada mediante causas, para otros, explicar una secuencia de conducta es dar una razón de ella, menar su fin o propósito o prestar atención a las reglas que la dirigen²⁶¹.

En síntesis, la incorporación de las razones para la acción, así como de una terminología comprensiva compartida con los agentes del fenómeno social estudiado (las personas sujetas al derecho, en particular, jueces, abogados, etc) en la explicación del derecho realizada por Hart lo coloca de lleno como un autor hermenéutico en razón de su método y su rompimiento, probablemente no intencional, con el positivismo²⁶². Nos explica el profesor Maccormick:

Lo que es realmente crucial en el proyecto de Hart es, por tanto, la posibilidad de sostener lo que en capítulos anteriores hemos denominado el enfoque <<hermenéutico>> del estudio del derecho. (Quizá sería más preciso llamar a esto la <<versión hartiana del enfoque hermenéutico>>, habida cuenta de que hay otras, y muy destacadamente la de Ronald DWORKIN). Hart reconoce que dar cuenta del contenido del derecho exige atender – una consideración cargada valorativamente – a aquellos para los cuales el derecho está vigente. El derecho es una pauta para su comportamiento y para juzgar críticamente el de los demás. Si éste les sorprende a contrapié en relación con sus opiniones morales, se tratará de una situación desafortunada para ellos, pero no lo será si las convicciones morales y las exigencias jurídicas están en razonable armonía²⁶³.

Como consecuencia de lo anterior, el alejamiento de Hart respecto del modelo positivista dominante en la filosofía jurídica de su tiempo, es tímido en muchos aspectos, pues no lleva a sus últimas consecuencias algunas de las tesis principales de la filosofía hermenéutica que inicialmente suscribe. Sin embargo, constituye un paso decisivo en la disolución del dogma positivista de la separación entre derecho y moral al colocar a estos dos ordenamientos de la conducta humana dentro del dominio del razonamiento práctico, y con ello, establecer al

²⁶¹ *Ibidem*, p. 56.

²⁶² El profesor Cristóbal Orrego ha mostrado cómo algunas de las tesis defendidas por la *analytical jurisprudence* desde finales del siglo pasado coinciden con la propuesta de la tradición de la ley natural²⁶². En particular, sobre la recuperación de Hart de la razón práctica, señala Orrego que: “H.L.A. Hart, desde mediados del siglo XX, dio un giro a esa tradición, porque comenzó a definir el concepto de derecho –entendido en sentido normativo, como ley- como un conjunto de reglas que constituye no simple órdenes respaldadas por amenazas sino razones para la acción”, véase: Orrego, Cristóbal, “La ley natural bajo otros nombres: de *nominibus non est disputandum*” en *Anuario de Filosofía jurídica y social*, op. cit. p. 76.

²⁶³ Maccormick, Neil, *H.L.A. Hart*, op. cit., *supra* 222, p. 286.

menos una vinculación necesaria, no contingente entre derecho y moral. Prosigue Maccormick:

El derecho, como la moral en cualquiera de sus dos formas, es relativo a lo que debe hacerse, y a lo que puede hacerse de forma *justificable*. Por esto tanto el derecho como la moral pertenecen al dominio del razonamiento práctico. Como indica la terminología común del discurso moral y del discurso jurídico, los elementos del razonamiento moral y jurídico comparten un marco común, sin perjuicio de que haya entre ellos diferencias internas de detalle muy significativas. Esto implica exactamente que hay al menos un vínculo conceptual necesario entre lo jurídico y lo moral, en concreto que las normas jurídicas y las normas morales pertenecen ambas al género común de las razones prácticas para la acción, con independencia del peso que éstas alcancen²⁶⁴.

Lo anterior no es óbice para sostener que Hart adopta el concepto de razón para la acción sólo en un sentido débil, formal, esto es, desvinculado de cualquier contenido ético determinado, lo que, por lo demás, es coherente con su postura escéptica en materia valorativa. No obstante, lo que es innegable es que la explicación del derecho propuesta por Herbert Hart se encuentra formulada en atención a fines eminentemente prácticos, es decir, que la descripción del derecho de Hart depende esencial y preeminentemente de la adopción de un punto de vista respecto del fin que persigue la existencia del derecho²⁶⁵.

Cabe apuntar que aunque la recuperación del concepto de razón práctica y otras nociones típicas de la filosofía hermenéutica llevada a cabo por Herbert Hart condujeron a una ruptura con el modelo positivista precedente, caracterizado por su monismo metodológico, no debe perderse de vista que Hart no llevó, (probablemente, esto sí, de forma consciente), algunas de las tesis que inicialmente suscribió, hasta sus últimas consecuencias. De haberlo hecho así, se hubiera visto forzado a recular algunas de sus tesis, también centrales, sobre la separación entre el derecho y la moral. Tal es el caso del reconocimiento de razones para la acción de carácter exclusivamente jurídico. Llevado a sus últimas consecuencias, este argumento lleva a la conclusión de que existe una obligación

²⁶⁴ *Ibíd.*, p. 281.

²⁶⁵ Véase Finnis John, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, *supra* 100, p. 41.

prima facie de obediencia al derecho tesis que ningún positivista coherente suscribiría actualmente²⁶⁶. Lo anterior, conduce necesariamente a la aceptación de razones “extralegales” en el razonamiento jurídico, que “superen” razones legales. Sobre este particular, enseña el profesor Cristóbal Orrego:

Por el contrario, los actuales iuspositivistas anglosajones, al afirmar que solamente son legales las razones para la acción con fuentes sociales, y al rechazar simultáneamente el deber de obediencia absoluta a las leyes positivas, se ven en la necesidad de reconocer la existencia de razones *no legales* para la acción, con vigencia independiente de las fuentes sociales²⁶⁷.

Llegados a este punto, es posible replantearse la tesis propuesta al inicio de nuestra investigación. ¿La teoría jurídica de Hart constituye un cambio de paradigma en la filosofía del derecho? Considero que existen los elementos para contestar afirmativamente dicho cuestionamiento. La propuesta teórica de Hart hizo las veces de catalizador, probablemente sin que ésta haya sido su intención, de un cambio de paradigma en la forma de estudiar científicamente el derecho pues hay una renuncia explícita a la explicación causalista y predictiva propia del positivismo precedente y se apunta hacia la comprensión de los fenómenos sociales. Finalicemos este apartado con la ilustrativa reflexión del profesor John Finnis sobre Hart:

¿No comparte él la metodología profunda de Aristóteles y de la tradición del derecho natural al hacer que la identificación de *qué* es el derecho (del “concepto de derecho”) dependa de su explicación de *por qué* el derecho es una respuesta racional a las comunes necesidades humanas?

Nada de esto significa decir que una teoría jurídica sólida (*sound*), del tipo de la explicada en este trabajo, necesite ser llamada “teoría del derecho natural”. Como toda filosofía, debe ser hecha considerando proposiciones, no etiquetas²⁶⁸.

²⁶⁶ Por ejemplo, Raz, Joseph, *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, UNAM, 1982, pp. 55 y ss.

²⁶⁷ Orrego, Cristóbal, *Hart. Abogado del positivismo jurídico*, Pamplona, EUNSA, 1997, p. 80.

²⁶⁸ Finnis, John, *Estudios de teoría del derecho natural*, op. cit., supra 118, p. 95.

4.5. H.L.A. Hart y los juicios de valor.

La tesis de la neutralidad valorativa ocupa un lugar central en la teoría del derecho de Hart. Como jurista teórico, dicha cuestión adquiere importancia atento a la defensa a ultranza realizada por Hart del positivismo jurídico, entendido esencialmente como postulado metodológico; y en tanto moralista crítico, el derecho tiene una innegable relevancia moral derivada de las restricciones que impone a la libertad de quienes se encuentran sujetos a él²⁶⁹. Por tanto, la postura de Hart respecto de los juicios de valor sólo cobra sentido si se relaciona con este doble papel desempeñado por Hart en tanto jurista teórico positivista y como filósofo de la moral.

Empecemos por señalar que, para Hart, el positivismo jurídico es frecuentemente vinculado al menos con cinco tesis independientes entre sí, a saber:

- 1) La pretensión de que las leyes son órdenes de ser humanos.
- 2) La pretensión de que no existe conexión necesaria entre el derecho y la moral, o entre el derecho que es y el que debe ser.
- 3) La pretensión de que el análisis (o estudio del significado) de los conceptos jurídicos es: a) algo que vale la pena hacer, y b) algo que debe ser diferenciado de las indagaciones históricas sobre las causas y orígenes de las normas, y de las indagaciones sociológicas sobre la relación entre el derecho y los otros fenómenos sociales, y de la crítica o evaluación del derecho, ya sea en términos de moral, objetivos sociales, “funciones” otros.
- 4) La pretensión de que un sistema jurídico es un “sistema lógicamente cerrado” en el que las decisiones jurídicas correctas puede ser deducidas por medios lógicos de normas jurídicas predeterminadas, sin referencia a propósitos sociales, líneas de orientación, *standards* morales.

²⁶⁹ Cfr. Maccormick, Neil, *H.L.A. Hart, op. cit., supra* 222, p. 272.

5) La pretensión de que los juicios morales no pueden ser establecidos o defendidos como lo son los juicios de hecho, por argumentos, pruebas o demostraciones racionales (teorías “no cognoscitivas” en ética)²⁷⁰.

Sin embargo, Hart considera que existe un núcleo duro del positivismo constituido por tres tesis que se encuentran presentes en todos los autores netamente positivistas, saber: la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral; la tesis de las fuentes sociales y la tesis de la discrecionalidad judicial²⁷¹. Sobre la primera de las mencionadas, Hart enseña que “aunque existen numerosas e importantes conexiones entre el derecho y la Moralidad, de modo que frecuentemente, hay una coincidencia o solapamiento <<de facto>> entre el derecho de algún sistema y las exigencias de la Moralidad, tales conexiones son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente”²⁷²

La segunda tesis, la de las fuentes sociales, es probablemente la tesis característica del positivismo jurídico. Sobre ella Hart enseña que “sostiene que para que el derecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, y esta práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas del derecho o criterios últimos o *tests*, últimos de validez jurídica”²⁷³

La tercera de las tesis mencionadas por Hart, la tesis de la discrecionalidad judicial, puede enunciarse diciendo que “en todo sistema jurídico habrá siempre ciertos casos no previstos y no regulados legalmente, es decir, casos para los que ningún tipo de decisión es dictado por el derecho claramente establecido, y en consecuencia, el derecho es parcialmente indeterminado o incompleto”²⁷⁴

Ahora bien, como mencione antes, la versión hartiana de positivismo pone el énfasis en el postulado metodológico de la separación entre el derecho y la moral

²⁷⁰H.L.A. Hart, “El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral” en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, op. cit. supra 162, pp. 7.

²⁷¹ Véase Hart, H.L.A., “El nuevo desafío del positivismo jurídico” en *Sistema*, 1980, núm. 36, pp. 3 - 18.

²⁷² *Ibidem* p. 4

²⁷³ *Ídem*.

²⁷⁴ *Ibidem* p. 5.

con miras a garantizar la realización de una descripción valorativamente neutral del derecho, exenta de cualquier intención justificativa, y que permita, a su vez, la crítica moral del mismo. Salvaguardar la crítica moral del derecho es lo que constituye, a mi juicio, el quid de la propuesta de Hart sobre el particular. Así lo señala el propio Hart al defender su teoría frente a las críticas enderezadas por Dworkin²⁷⁵:

Mi objetivo en este libro [El concepto de derecho] fue proporcionar una teoría de lo que es el derecho, teoría que es, a la vez general y descriptiva. Es *general* en el sentido que no está vinculada con ningún orden jurídico o cultura jurídica particulares, sino que busca dar una descripción explicativa y esclarecedora del derecho como institución social y política compleja, gobernada por normas (en este sentido, de aspecto 'normativo'). (...). Mi explicación es descriptiva en que es moralmente neutral y no tiene ningún propósito justificativo: no buscar justificar o recomendar en fundamentos morales, o en otros, las formas o estructuras que aparecen en mi descripción general del derecho, aunque un claro entendimiento de éstos, pienso es un preliminar importante para cualquier crítica moral útil del Derecho²⁷⁶.

Para lograr su cometido, la teoría analítica de Hart se vale de una serie de conceptos valorativamente neutrales (*v. gr.* regla de reconocimiento, punto de vista interno, punto de vista externo, etc.) que permiten esclarecer el funcionamiento de los sistemas jurídicos modernos, lo que confirma la vocación genérica de la teoría, en oposición a la propuesta particularista de Dworkin²⁷⁷. De esta forma es como Hart, sostiene que para poder realizar una crítica efectiva del derecho, una condición *sine qua non* es identificarlo, tal como aparece en la realidad más próxima. Afirma el profesor de Oxford:

Parece claro que nada se gana en el estudio teórico del derecho como fenómeno social adoptando el concepto más restringido: ello nos llevaría a excluir ciertas reglas aun cuando exhiban todas las otras complejas características del derecho. (...). Un concepto de derecho que permite distinguir entre la invalidez de las normas jurídicas y su

²⁷⁵ Cabe señalar que la polémica que Hart sostuvo con Dworkin a propósito de la distinción dworkiniana sobre reglas y principios fue lo que dio oportunidad al primero de los mencionados de exponer de manera más o menos sistemática su postura frente a la viabilidad de la función descriptiva de la teoría jurídica. Estas ideas se encuentran vertidas en el *Post scriptum al Concepto de Derecho*.

²⁷⁶ Hart, H.L.A., *Post scriptum al concepto de derecho*, *op. cit.*, *supra* 220, p. 12.

²⁷⁷ Cfr. *Ibíd.*, p. 14

inmoralidad, nos habilita para ver la complejidad y variedad de estas distintas cuestiones; mientras que un concepto restringido que niega validez jurídica a las reglas inicuas puede cegarnos frente a ellas.²⁷⁸

Así, al jurista teórico corresponde captar y reproducir con un lenguaje valorativamente neutral el punto de vista interno de quienes se encuentran sujetos al derecho, pero sin comprometerse con él; es decir, para lograr exitosamente su función, el teórico del derecho debe entender, e incluso ponerse en el lugar de quien efectivamente adopta el punto de vista interno del derecho (el participante), lo que no implica en ningún caso su compromiso o aceptación real de punto de vista interno. El profesor Hart lo expone de la siguiente forma:

Por supuesto, un teórico jurídico descriptivo, como tal, no comparte la aceptación del derecho de los participantes; pero, puede, y debe, describir tal aceptación; tal y como efectivamente me lo propuse en este libro. Es verdad que para este propósito el teórico jurídico descriptivo tiene que entender qué es adoptar el punto de vista interno y en ese limitado sentido tiene que ser capaz de ponerse en el lugar de un participante; pero esto no es aceptar el derecho o compartir o respaldar el punto de vista interno del participante o entregar, de cualquier otra manera, su sitio descriptivo²⁷⁹.

Según esta tesis, es posible comprender el sentido del derecho y la intención de los participantes, sin incorporar consideraciones valorativas. El profesor Maccormick lo explica en los siguientes términos:

La posición de Hart, o del jurista hartiano, es reflejar totalmente el <<punto de vista interno>> o de los participantes. Este jurista puede sin embargo, abstenerse de comprometerse con él en términos de lo que son las opiniones personales del jurista sobre los problemas sustantivos de moral y de utilidad envueltos en las leyes. Las leyes pueden ser descritas, en esbozo o en detalle, como leyes que tienen un cierto sentido (o plantean algunas objeciones) para quienes las administran y viven bajo las mismas. El jurista no necesita – ni debería necesitar- defender o condenar, sino, simplemente, observar²⁸⁰.

Inmediatamente surge la pregunta sobre si realmente es posible emprender esta tarea sin ninguna referencia a valores, y más aún, si tomamos en consideración

²⁷⁸ Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, op. cit., supra 221, p. 261.

²⁷⁹ Ibídem, p. 15.

²⁸⁰ Maccormick, Neil, *H.L.A. Hart*, op cit., supra 222, p. 286.

que el modelo hermenéutico del estudio del derecho propuesto por Hart implica, necesariamente, la interpretación de su objeto de estudio. Hart contesta afirmativamente y señala que la función descriptiva de la teoría jurídica no se desvirtúa aunque describa valoraciones:

Aún más, aunque los jueces y abogados de todos los órdenes jurídicos de los cuales el teórico jurídico general y descriptivo tiene que dar cuenta, hayan resuelto, de hecho, cuestiones de significado en esa forma interpretativa y parcialmente evaluativa, esto sería algo para que el teórico descriptivo general lo recoja como un hecho sobre el cual fundamentar sus conclusiones descriptivas generales en cuanto al significado de tal proposición de derecho. Sería, por supuesto, un serio error suponer que, como estas conclusiones fueron fundamentadas de esta manera, tengan que ser interpretativas y evaluativas y que el teórico al proponerlas tenga que cambiar la tarea de descripción a la interpretación y evaluación. La descripción puede mantenerse descripción, aun cuando lo que describe sea una evaluación²⁸¹.

La versión hartiana de la tesis de la neutralidad valorativa es captada por Maccormick con gran fidelidad cuando señala que: “el punto de apoyo y la perspectiva metodológica central de la teoría analítica del derecho de Hart consiste en que como teórico jurídico o social descriptivo, uno puede y debe, mantener aparte sus propios compromisos, su moral crítica, su pertenencia o no a un grupo, y mostrar las reglas tal como son para aquellos a quienes pertenecen²⁸². Lo anterior constituye un auténtico reto para el jurista teórico pues debe:

- a) Captar el punto de vista interno de los destinatarios de la norma, principalmente de los abogados y jueces, como hechos sobre los cuales fundamentar sus conclusiones descriptivas generales en cuanto al significado de las proposiciones de derecho, sin que ello implique, bajo ninguna circunstancia, compartirlos o respaldarlos²⁸³; y

²⁸¹ Hart, H.L.A., *Post scriptum al concepto de derecho*, op. cit., supra 220, p. 18

²⁸² Maccormick, Neil, H.L.A. Hart, (ed. 1981), p. 37 y 38 citado por Finnis, en “Sobre los caminos de Hart...”, en Grant, Kramer, Hatzistavrou, Colburn (comps), *El legado de H.L.A. Hart, Filosofía jurídica, política y moral*, op. cit., supra 2, p. 29.

²⁸³ Cfr. Ibídem p. 30.

- b) Mostrar la norma a su destinatario tal como es, esto es, sin incorporar valoraciones propias al momento de describir su objeto de estudio: “la descripción puede mantenerse descripción, aun cuando lo que describe sea una evaluación”²⁸⁴.

La reconstrucción que hemos realizado de la tesis de la neutralidad valorativa según Hart sugiere, como indica el profesor Cristóbal Orrego, que dicha tesis “sería compatible con incluir referencias a valores y justificaciones, incluso como componentes esenciales del derecho en todo tiempo y lugar, siempre que el que formula la descripción no asuma esas valoraciones”²⁸⁵. Inclusive, puede adelantarse que sólo una descripción que comprenda referencias a valores y justificaciones, sin asumirlas, sería completa atento a la diversidad de manifestaciones sociales del derecho²⁸⁶.

El análisis que antecede sugiere que la defensa del postulado de la neutralidad valorativa en Hart está motivada por una razón de tipo moral y política, a saber: la defensa irrestricta de la crítica libre del derecho frente a la imposición arbitraria de la moralidad desde fuera, en particular, desde el aparato gubernamental. En efecto, a la pretendida neutralidad valorativa que Hart suscribe subyace la defensa de un principio del liberal. Esta interpretación es confirmada por Maccormick cuando señala que:

Por paradójico que pueda parecer, esta razón que HART ofrecía para subrayar la distinción conceptual entre el <<derecho>> y la <<moral>> era una razón moral. HART era positivista porque también era un moralista crítico. Su aspiración no era otorgar una garantía de obediencia a los gobernantes del Estado; era reforzar la garantía a favor del

²⁸⁴ Ídem.

²⁸⁵ Orrego, Cristóbal, *Hart. Abogado del positivismo jurídico, op. cit., supra* 267, p.121.

²⁸⁶ Cabe señalar que en tanto filósofo de la moral, a Hart preocupaba sobremanera la vigencia de la obligación moral de obediencia al derecho. Según el otrora profesor de Oxford, la posibilidad de crítica moral del derecho es lo que permite determinar la vigencia de esta obligación toda vez que validez jurídica y validez moral sólo raramente coinciden, y la primera no constituye una razón concluyente para la obligación moral de obediencia al derecho. Véase Maccormick, Neil, *H.L.A. Hart, op. cit., supra* 222, p.282.

ciudadano de contar con la posibilidad de una crítica moral imprescriptible de los usos y abusos del poder estatal²⁸⁷.

4.6 Valoración de la teoría.

Considero que existen los elementos para afirmar que el pensamiento de H.L.A. Hart constituye un cambio de paradigma en el ámbito de la filosofía del derecho contemporánea, en el sentido que hemos dado a dicho término. La inclusión de variados aspectos de la filosofía hermenéutica surgida en aquellos años al método de la ciencia del derecho se tradujo en una renovación de los estudios científicos del derecho. Esta conclusión es compartida por el profesor Pedro Serna cuando señala que:

Como investigación del sentido, la perspectiva hermenéutica ha conducido, como se verá, a nuevos tratamientos sobre el tema de los valores jurídicos y, en general de los contenidos del Derecho, así como a un replanteamiento de la conexión entre Derecho y justicia. Por lo que se refiere a la ontología jurídica o Teoría del Derecho, la proyección de nociones como las de “punto de vista interno”, “forma de vida” o “juego del lenguaje”-que proceden de o remiten a una perspectiva hermenéutica- sobre los conceptos clásicos de la Teoría general del Derecho, como validez y deber jurídico, o sobre la misma definición del Derecho, han conducido a apreciables resultados²⁸⁸.

²⁸⁷ *Ibíd.*, p. 279.

²⁸⁸ Véase Serna, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, *op. cit.*, *supra* 10, p. 87.

CAPÍTULO 5

LOS JUICIOS DE VALOR EN JOHN FINNIS (1940-)

5.1 Introducción.

En el pensamiento de John Mitchell Finnis confluyen lo mejor de dos tradiciones de pensamiento: la filosofía analítica y el pensamiento clásico. Lejos de constituir una mezcla incompatible²⁸⁹, la fusión de estas dos corrientes filosóficas ha permitido la disolución de numerosos malentendidos y cuestiones controvertidas entre positivistas e iusnaturalistas, y ha sido un factor central en la labor de derrumbamiento de algunas de las imágenes y objeciones (como el propio Finnis las ha llamado) erróneas que se han erigido sobre el iusnaturalismo. En efecto, Finnis argumenta desde la trinchera de la filosofía analítica²⁹⁰, en contra de prejuicios tan arraigados en la teoría jurídica contemporánea dirigidos hacia cualquier forma de iusnaturalismo, como, por ejemplo, el común reproche de que el iusnaturalismo, incurre, al emprender una explicación de la normatividad del derecho, en la denominada falacia naturalista²⁹¹, misma que ha sido atribuida indiscriminadamente a cualquier corriente que se identifique a sí misma como de corte iusnaturalista. Asimismo, su obra puede ser leída, aunque no es aceptado así unánimemente²⁹², como un intento de desvincular la tradición de la ley natural con el pensamiento teológico, pese a que éste no ha sido nunca un objetivo expreso en la teoría jurídica del profesor australiano.

En cualquier caso, para entender la teoría jurídica de John Finnis, es preciso tener presente que, en su concepto, ésta es inseparable de (se encuentra inserta en) la filosofía práctica, entendida como la reflexión que “procura hacer razonables las

²⁸⁹ Para una explicación de su complementariedad véase Beuchot, Mauricio, “La Hermenéutica y los derechos humanos” en: Beuchot, Mauricio y Saldaña Serrano Javier, *Derechos Humanos y naturaleza humana*, México, UNAM, 2017, pp. 149-164.

²⁹⁰ Para una explicación detallada véase Saldaña Serrano, Javier, *Derecho natural. Tradición, falacia naturalista, y derechos humanos*, op. cit., supra 67, p. 93, y ss.

²⁹¹ Ibídem. p. 96; así como Saldaña Serrano, Javier, “Descripción vs Valoración: Las respuestas de John Finnis al desafío de la falacia naturalista” en Etcheverry, Juan, B (editor), *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos Naturales*, op. cit., supra 101, pp. 73-86.

²⁹² Para una interpretación contraria véase, Orrego, Cristóbal, “Estudio Preliminar” en Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., supra 100, p. 25.

deliberaciones y elecciones a través de las cuales las personas dan forma a sus acciones libremente escogidas y de ese modo también se configuran a sí mismas y a sus comunidades”²⁹³. El vínculo entre filosofía jurídica y filosofía práctica es reconocido por Finnis desde el comienzo de *Ley Natural y Derechos Naturales*, su obra más importante, en donde señala que:

Hay bienes humanos que solamente pueden ser conseguidos mediante las instituciones de la ley humana, y exigencias de razonabilidad práctica que sólo esas instituciones pueden satisfacer. El fin de este libro es identificar esos bienes y esas exigencias de razonabilidad práctica, y así mostrar cómo y bajo qué condiciones tales instituciones se justifican y las formas en que ellas pueden ser (y a menudo son) defectuosas²⁹⁴.

Para explicar satisfactoriamente el tema que constituye la esencia del presente capítulo resulta indispensable realizar un repaso sumario de algunos de los rasgos más salientes de la teoría finnisiana, para concentrarnos mayormente en los dos aspectos centrales²⁹⁵ que determinan su postura frente a los juicios de valor, saber: el de su metodología y el del objetivismo ético.

5.2 La teoría del derecho de John Finnis.

En plena consonancia con la filosofía de Tomás de Aquino, la teoría del derecho de John Finnis supone la existencia de primeros principios de razonabilidad práctica que especifican las formas básicas del bien y del mal, esto es, que “muestran las formas básicas de realización humana plena como bienes que se han de perseguir y realizar, y que son usados de una manera u otra por cualquiera que reflexiona acerca de qué hacer”²⁹⁶. El primero ellos, contenido en art. 2, de la q. 94, de la I-II, de la Suma Teológica del Aquinate, tiene la forma imperativa siguiente: “Haz el bien y evita el mal”.

²⁹³ Finnis, John, *Estudios de teoría del derecho natural*, op. cit., supra 118, p. 1.

²⁹⁴ Finnis John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., supra 100, p. 36.

²⁹⁵ Para una exposición exhaustiva de la teoría del derecho de Finnis, véase: Vigo, Rodolfo, “La teoría de John Finnis” en *El iusnaturalismo actual. De M. Villey, a J. Finnis*, México, Fontamara, 2003, pp. 105-147.

²⁹⁶ Finnis John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., supra 100, p. 57.

Los primeros principios de razonabilidad práctica o de la ley natural se caracterizan por su evidencia, esto es, porque pueden ser captados por cualquier persona que tenga uso de razón. Asimismo, son indemostrables y su naturaleza es inderivada, es decir, no constituyen una deducción o inferencia respecto de un concepto previamente determinado, apriorístico, sobre la naturaleza humana. Por el contrario, las formas básicas del bien a que accede el razonamiento práctico son conocidas “experimentando la propia naturaleza, por decirlo así, desde adentro, bajo la forma de las propias inclinaciones”²⁹⁷

De esta forma, el criterio de corrección o incorrección, de bondad y maldad, de la conducta humana no viene determinada por su conformidad con una idea previa de la naturaleza humana, sino por su razonabilidad. Al respecto, nos explica el profesor Finnis:

En otras palabras, para Tomás de Aquino la manera de descubrir qué es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar qué está de acuerdo con la naturaleza humana, sino qué es razonable. Y esta investigación nos conducirá al final, hasta los primeros principios inderivados de razonabilidad práctica, principios que no hacen ninguna referencia a la naturaleza humana, sino sólo al bien humano. Del principio al fin de sus exposiciones sobre ética, las categorías primarias para Tomás de Aquino son lo “bueno” y lo “razonable”; lo “natural” es, desde el punto de vista de su ética, un apéndice especulativo añadido a modo de reflexión metafísica, *no* un instrumento con el cual moverse hacia o desde los *prima principia per se nota* prácticos.²⁹⁸

Desde *Ley Natural y Derechos Naturales*, el profesor Finnis elabora una nómina de bienes humanos básicos, o primeros principios de razonabilidad práctica, a saber: vida, conocimiento, juego, experiencia estética, sociabilidad, razonamiento práctico, y religión. En *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*²⁹⁹, el profesor australiano incorpora el bien humano del matrimonio a esta lista.

Los bienes humanos básicos tienen tres características: son pre-morales; fundamentales; e inconmensurables. La premoralidad de los bienes humanos

²⁹⁷ *Ibíd.*, p. 68.

²⁹⁸ *Ibíd.*, p. 69.

²⁹⁹ Véase Finnis, John, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, New York, Oxford University Press, 1998, p. 97.

básicos implica que su simple conocimiento, o aprehensión, no garantiza que su búsqueda se emprenda de forma adecuada, coherente o razonable. Por el contrario, es sólo a través de las decisiones y acciones concretas que realizan los individuos, atendiendo a dichos principios de razonabilidad práctica, que éstas se tornan morales. Son fundamentales en la medida en que no pueden ser reducidos a un aspecto de cualquier otro bien básico, ni tampoco pueden ser vistos como meramente instrumentales en relación con otro bien básico. Son no jerarquizables en la medida en que siempre que una persona se concentre mayormente en un determinado bien básico, éste podrá ser considerado, para él, como el más importante; luego entonces, no existe, ni puede establecerse, una jerarquía objetiva entre ellos³⁰⁰. Al respecto nos explica el propio Finnis:

Ninguno es más fundamental que cualquiera de los otros, porque en cada uno de ellos cabe razonablemente centrar la atención, y cada uno, cuando se centra en él la atención, reclama un valor prioritario. De ahí que no hay una prioridad objetiva de valor entre ellos.

Desde luego, cada uno de nosotros puede razonablemente elegir tratar uno o algunos de los valores como de mayor importancia en su vida. Un erudito elige dedicarse a la búsqueda del conocimiento, y por consiguiente, concede prioridad a sus exigencias, en mayor o menor grado (y quizás por toda la vida), por sobre las amistades, el culto, los juegos, el arte y la belleza que podría en otro caso disfrutar. Podría haber estado salvando vidas mediante la medicina o el alivio de la hambruna, pero elige no hacerlo³⁰¹.

Cabe añadir que, en este contexto, el bien básico de la razonabilidad práctica nos permite ordenar, estructurar, nuestra participación en los distintos bienes básicos, de modo que podamos, razonablemente, determinar “la propia selección de proyectos y lo que uno hace al llevarlos a cabo”³⁰². Para ello, el bien de la razonabilidad práctica establece una serie de exigencias que permiten diseñar prudentemente el curso de nuestras acciones. Finnis señala como exigencias de razonabilidad práctica las siguientes: (i) un plan de vida coherente; (ii) ninguna preferencia arbitraria entre los valores; (iii) ninguna preferencia arbitraria entre las personas; (iv) desprendimiento y desapego; (v) compromiso; (vi) eficiencia

³⁰⁰ Cfr. Finnis John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., supra 100, p. 123.

³⁰¹ Ibídem, p. 124.

³⁰² Ibídem, p. 132.

razonable; (vii) respeto a todo valor básico en todo acto; (viii) respetar las exigencias del bien común; (ix) seguir la propia conciencia³⁰³.

Según esta teoría, la razón de ser del derecho, entendido como institución positiva, se encuentra en la promoción de los bienes humanos básicos, y justifica, asimismo, el ejercicio de la autoridad en una comunidad política. Prosigue nuestro autor:

Más concretamente, los principios de la ley natural explican la fuerza obligatoria (en el sentido más pleno de obligación) de las leyes positivas, incluso cuando esas leyes no puede ser deducidas de esos principios. Y la atención a los principios, en el contexto de estas explicaciones sobre el derecho y la obligación jurídica, justifica considerar ciertas leyes positivas como radicalmente defectuosas, *precisamente en cuanto leyes*, por su falta de conformidad con esos principios³⁰⁴.

Nuevamente en concordancia con la tradición aristotélica-tomista, para Finnis el derecho debe no sólo permitir o no obstaculizar, sino propiciar la plena realización humana de cada una de las personas que se encuentran sujetas a él, misma que sólo puede tener lugar dentro de la comunidad política. Ello responde a que, sólo en una comunidad política “completa”, podría asegurarse “el conjunto total de condiciones materiales y de otro tipo, incluyendo formas de colaboración, que tiendan a favorecer, facilitar, y fomentar que cada individuo haga realidad su desarrollo personal”³⁰⁵ Por ello, el profesor Finnis afirma:

(...) la comunidad política existe en parte (y a veces primariamente) como una clase de acuerdo de negocios entre asociados interesados en sí mismos (la clase de asociación de seguros mutuos o “contrato social” ridiculizada por Aristóteles y por todos los clásicos por su pobreza como forma [o explicación] de la comunidad); en parte (y a veces primariamente) como una forma de juego, en la que los participantes disfrutan el da-y-tomar, el disenso, el regateo y el compromiso, buscados por sí mismos como una realización enormemente compleja y absorbente; en parte (a veces primariamente) como una expresión de benevolencia desinteresada, reforzada por el reconocimiento agradecido de lo que uno debe a la comunidad en la que no se ha criado y en la que se encuentra y funda su propia familia y su propio plan de vida y reforzada adicionalmente

³⁰³ Ibídem, p. 131y ss.

³⁰⁴ Ibídem, p. 58.

³⁰⁵Ibídem, p. 177.

por una determinación de no ser un “polizón” que arbitrariamente procura quedarse con los beneficios sin aceptar las cargas de la interdependencia comunitaria; y de manera característica por una mezcla de todas esas razones fundamentales³⁰⁶.

Asimismo, frente a los inevitables problemas de coordinación que surgen en el seno de cualquier comunidad política, el derecho se justifica, en términos de razonabilidad práctica, como mecanismo de solución a través de la determinación de decisiones autoritativas, atento a la preservación del bien común. Nos explica el profesor Finnis:

La necesidad de alguien, o de algún grupo de personas, que resuelva los problemas de coordinación con mayor rapidez y certeza es evidente en cualquier comunidad donde la gente sea enérgica e ingeniosa para buscar su bien propio o bienes comunes, para no mencionar cualquier comunidad amenazada por un desastre militar, económico, o ecológico.

La autoridad (y por ende la *responsabilidad* de gobernar) en una comunidad ha de ser ejercida por aquellos que de hecho pueden resolver eficazmente los problemas de coordinación para esa comunidad³⁰⁷.

En suma, es dable señalar que la teoría del derecho de Finnis presupone una determinada filosofía política y una ética general, caracterizadas por defender el cognitivismo ético y emplear una metodología no positivista³⁰⁸. A continuación pasamos a ocuparnos con mayor detenimiento de cada uno de estos aspectos.

5.3 Finnis y la metodología

Decíamos que la teoría del derecho de Finnis es deudora tanto del pensamiento clásico, como de ciertas tesis características de la filosofía analítica. Del primero de ellos adopta el criterio metodológico de distinción entre el caso central y los

³⁰⁶ *Ibíd.*, p. 178.

³⁰⁷ *Ibíd.*, p. 274.

³⁰⁸ Cfr. Massini-Correas, Carlos I., “Estudio Preliminar a John Finnis: Teoría del derecho natural” en Finnis, John, *Estudios de teoría del derecho natural*, *op. cit.*, *supra* 118, p. XXXII.

casos periféricos de un término, utilizado por Aristóteles y Tomás de Aquino³⁰⁹. Dicha distinción responde a la multiplicidad de significados de los términos teóricos, razón por la cual no sólo no es conveniente asignarles un significado unívoco, sino que es necesario extender su uso hacia otros que se encuentran, en mayor o menor medida, cercanos (periféricos) al caso central, partiendo para ello, de un fundamento racional determinado³¹⁰.

Aplicado como método en teoría social, implica que una explicación debe abarcar a todos aquellos estados de cosas existentes por referencia al caso central (los sentidos periféricos), distinguiéndolos a partir de las semejanzas y las diferencias respecto de la forma, función o contenidos entre uno y otro. De esta forma, la explicación no tiene por qué limitarse exclusivamente al sentido ideal o central de la institución social en cuestión, sino que debe abarcar, incluso necesariamente, a los sentidos periféricos. Nos enseña el profesor John Finnis:

Antes bien, la explicación descriptiva de los casos centrales debería ser tan rica y compleja conceptualmente como fuese requerido para responder todas las preguntas pertinentes sobre esos casos centrales. Y después la explicación de los otros casos puede seguir la pista de las semejanzas y las diferencias, de las analogías y las distinciones, por ejemplo, de forma, función o contenido, entre ellos y los casos centrales. De este modo uno hace patente el “principio o fundamento racional” en virtud del cual se extiende el término general (“constitución”, “amigo”, “derecho”...) desde los casos centrales a aquellos más o menos marginales, desde su significado focal a sus significados secundarios³¹¹.

La aplicación de este criterio metodológico responde, entre otras cosas, a la recurrente imputación al iusnaturalismo sobre su falta de atención a los sistemas jurídicos que representan modelos desviados de derecho y que se resume en la, tristemente célebre, fórmula: “la ley injusta no es ley”³¹². A partir de la distinción

³⁰⁹ Aunque para ninguno de estos autores la metodología es una preocupación explícita, sus análisis teóricos permiten vislumbrar sus posturas al respecto. La *Política* de Aristóteles es paradigmática en este sentido, así como la *Summa Teológica*, para el caso del Aquinate. *Ibidem*, p. 42.

³¹⁰ Cfr. Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, *supra* 100, p. 44

³¹¹ *Ibidem*, p. 45.

³¹² Véase Vigo, Rodolfo, “Consideraciones sobre la visión de John Finnis acerca de la tesis “la ley injusta no es ley” en Etcheverry, Juan B, *Ley, moral y razón op. cit.*, *supra* 101, pp. 119-140.

entre casos centrales y casos periféricos es posible estudiar provechosamente unos y otros, sin desconocer la calidad jurídica, por otro lado innegable, de los casos desviados de derecho.

En ese sentido, apunta también la explicación propuesta por Finnis respecto de que la juridicidad es una cuestión de grado³¹³, es decir, que en la medida en que un sistema o una norma particular, se encuentra más cercana al caso central de derecho su juridicidad es más intensa, mientras que cuanto más se aleja del mismo, su juridicidad disminuye. Es importante insistir en el hecho de que un caso específico de una realidad sea calificado como “periférico” no implica, en modo alguno, que, por esa razón, se le excluya del campo de conocimiento de determinada teoría, dada su calidad disminuida. En el caso particular del derecho, el profesor Finnis nos señala:

The proper field of any science or theory properly includes everything which is relevantly *related to one central type*, and the relevant sorts of ‘relationships to central type’ include, *inter alia*, not only what generates things of that type but also their characteristic defects or corruptions (and the causes of such breakdowns). So a watered-down or corrupted version of the type can rightly-scientifically as well as popularly-be called by the same name, not with the same meaning (‘univocally’, as Aquinas translates) nor merely equivocally, but by the sort of relationship-in difference-of meaning that Aquinas (changing Aristotle’s vocabulary) calls *analogy*³¹⁴.

De igual forma, este criterio de distinción entre casos centrales y periféricos está presente en la identificación del sentido focal del derecho realizada por Finnis. Para este autor, el derecho está constituido esencialmente por reglas e instituciones. Estas últimas tienen como finalidad dar eficacia y vigencia a las primeras, y en conjunto conforman la realidad central a que hace referencia el término “derecho”³¹⁵. En consecuencia, el también profesor de la Universidad de Notre Dame indica que el derecho natural únicamente es derecho en un sentido analógico³¹⁶ o periférico, toda vez que carece de los mecanismos o garantías que

³¹³ Véase Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., supra 100, p. 306 y ss.

³¹⁴ Finnis, John, *Aquinas Moral, Political and Legal Theory*, op. cit., supra 299, p. 43.

³¹⁵ Véase: Legarre, Santiago, “El concepto de derecho en John Finnis”, op. cit., p. 70.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 73.

aseguren, en última instancia, su efectiva cumplimiento. Esta conclusión refuerza la tesis de la confluencia necesaria entre derecho natural y derecho positivo.

Este rasgo peculiar del pensamiento de Finnis lo acerca de manera notable con el positivismo analítico, para el que, como sabemos, el término “derecho” denota, esencialmente, al conjunto de reglas e instituciones vigentes en un momento histórico determinado. Nos explica el profesor Santiago Legarre:

Es por ello que puede calificarse a la teoría de Finnis de “positivista”. Es una teoría cuyo contenido no consiste en una virtud – la justicia, y su objeto, el derecho – sino principalmente la práctica social de la coordinación autoritativa de conductas mediante reglas. El caso central del objeto de la ciencia jurídica lo constituyen, entonces las normas (y las instituciones que permiten su implementación y aplicación) ³¹⁷

Cabe mencionar que esta postura le ha valido numerosas críticas al profesor Finnis, provenientes, sobre todo de otros pensadores iusnaturalistas, quienes consideran que la teoría finnisiana, en este punto, se aleja significativamente de la tradición de la ley natural³¹⁸. Sin embargo, como el propio Finnis responde, con la erudición, que le es característica:

Cada tesis en la filosofía del derecho, como en cualquier otra rama de la filosofía, debe satisfacer la precondition de que la proposición que afirma sea totalmente consistente con la elección razonable del filósofo de investigarla, afirmarla y defenderla argumentativamente, y con las condiciones naturales, racionales, culturales, morales, familiares y políticas que hacen posible y facilitan, antes que obstruyen, tal investigación, afirmación racional y defensa intelectual honesta³¹⁹.

Lo anterior inevitablemente trae a la mente la conocida sentencia de Aristóteles cuando se enfrentó al dilema de abandonar el criterio de su maestro: *Amicus Plato sed magis amica veritas* (Platón es amigo, pero es más amiga la verdad).

La herencia analítica del profesor Finnis también se hace presente en diversos puntos de su obra. Como tal debe mencionarse su adopción crítica del modelo hartiano del punto de vista interno como método de explicación en teoría del

³¹⁷ Ibídem, p. 72.

³¹⁸ Ibídem, p. 80

³¹⁹ Finnis, John, *Estudios de teoría del derecho natural, op cit., supra* 118, p. 225.

derecho. Finnis comparte con Hart la creencia de que los modelos explicativos de corte positivista como los emprendidos por Bentham, Austin y Kelsen³²⁰ conducen a un reduccionismo injustificado de la realidad que se pretende explicar.

Como consecuencia de ello, Finnis considera apropiado el modelo explicativo de Hart³²¹ en tanto que pretende explicar las reglas del derecho como razones para la acción, y da lugar a un concepto de derecho que responde a fines eminentemente prácticos³²². En ese tenor, apunta Finnis:

La descripción (“concepto”) del derecho de Hart se construye apelando, una y otra vez, al fin práctico de los componentes del concepto. El derecho ha de describirse en términos de reglas para la orientación de funcionarios y de ciudadanos por igual, y no meramente como un conjunto de predicciones de lo que harán los funcionarios. Un sistema jurídico es un sistema en el cual unas reglas “secundarias” han aparecido *con el fin* de remediar los defectos de un régimen pre-jurídico que contiene solamente “reglas primarias”. El derecho debe establecer sanciones y un contenido mínimo de reglas primarias *con el fin* de garantizar la supervivencia de la sociedad o de sus miembros y para darles a éstos una *razón práctica* para la conformidad con él³²³.

Hasta este importante punto, Finnis está de acuerdo con Hart³²⁴; sin embargo, en lo subsecuente reprochará a Hart haber detenido su reflexión en la mera identificación de un punto de vista acorde al cual fuera posible la descripción del

³²⁰ Al respecto, El profesor Finnis indica que: “El poder explicativo, notablemente mayor, de posteriores análisis descriptivos del derecho, como los de H.L.A. Hart y Joseph Raz, ha de atribuirse a su ruptura verdaderamente decisiva con las metodologías algo ingenuas de Bentham, Austin y Kelsen”, véase Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., supra 100, p. 40.

³²¹ Véase Finnis John, “Sobre los caminos de Hart” en Grant, Kramer, Hatzistavrou, Colburn (comps), *El legado de H.L.A. Hart, Filosofía jurídica, política y moral*, op cit., supra 2, p. 38.

³²² Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit. supra 100, p. 41.

³²³ Ibídem, p. 41.

³²⁴ En este punto cabe señalar que en el pensamiento de Hart la atención a dichas cuestiones “importantes” se prefigura. Hart señala: “Es verdad que un análisis que asigna un lugar a pretensiones y creencias morales como constitutivos de un fenómeno social tiene que estar guiado, al concentrarse en esas características y no en otras, por algunos criterios de importante entre los cuales el principal será el poder explicativo de lo que su análisis hace resaltar. De este modo su análisis estará guiado por juicios, a menudo controvertidos, sobre qué es importante, y reflejará, por tanto, tales valores metateóricos, y no será neutral entre todos los valores. Pero, una vez más, no hay nada que muestre que este análisis no es descriptivo, sino normativo o justificatorio” citado por Orrego, Cristóbal, *Hart. Abogado del positivismo jurídico*, op. cit., supra 270, p. 220.

derecho, y no haber señalado un sentido focal de dicho punto de vista, constituido, según Finnis, por el punto de vista de la razonabilidad práctica³²⁵.

El planteamiento finnisiano no se conforma con la adopción del punto de vista interno como método de descripción social, sino que postula la necesidad de adoptar el punto de vista interno de la razonabilidad práctica. Sólo de esa manera, la teoría jurídica puede proporcionar una explicación plausible sobre la normatividad del derecho, misma que sólo se encuentra justificada en tanto el derecho se formule términos racionales³²⁶. Lo anterior lleva a sostener al profesor Finnis:

La teoría de la ley natural reconoce plenamente el lugar de las ciencias sociales descriptivas/explicativas (de las cuales la mayor parte de la *Política* de Aristóteles es un modelo temprano), muy distinto del razonamiento práctico crítico-justificatorio acerca de lo bueno y lo correcto en los agrupamientos sociales. Pero la teoría de la ley natural sostiene que la formación y selección de los conceptos para las descripciones y explicaciones sociales está y debe estar (salvo que haya de permanecer pueblerina) guiada por las evaluaciones que una reflexión crítica sobre la situación humana muestre como críticamente justificada³²⁷.

Según Finnis, la verdadera importancia teórica del punto de vista interno radica en que ayuda al teórico del derecho a comprender las razones por las que realmente actúan las personas sujetas al derecho en relación a los bienes inteligibles que éste hace posibles. Esto es, el punto de vista interno ayuda a esclarecer los términos en que se formulan las deliberaciones racionales del sujeto de derecho, así como a las circunstancias a que responde el comportamiento de los individuos. De lo anterior, resulta bastante ilustrativo el siguiente párrafo:

Considero que tratar de comprender el punto de vista interno no tiene sentido como método en teoría social, a menos que se le conciba como si tratara de comprender los bienes inteligibles, las razones para acción que estuvieron, están y estarán disponibles para cualquier persona que actúa, cualquiera que sea capaz de deliberar o de responder espontánea e inteligentemente a las oportunidades. Una vez que se comprenden estas

³²⁵ Véase Legarre, Santiago, "El concepto de Derecho en John Finnis", op. cit. p. 75.

³²⁶ Finnis, John, *Estudios de teoría del derecho natural*, op. cit., supra 118, p. 41.

³²⁷ *Ibidem*, p. 42.

razones, junto con las inclinaciones (pasiones, emociones) subracionales que las acompañan, que potencialmente las refuerzan o potencialmente las perjudican, los teóricos están equipados para comprender la miríada de formas en que las prácticas de los individuos y los grupos pueden responder, responden, y sin duda responderán, razonablemente o más o menos irrazonablemente, a las siempre cambiantes pero nada aleatorias circunstancias de la existencia humana³²⁸.

Hasta este punto, la postura de Finnis puede resumirse señalando que, contra lo sostenido por el positivismo analítico, el teórico social no puede limitarse a ser un mero espectador de los fenómenos jurídicos, y por el contrario, debe incluir en su análisis un examen de la razonabilidad de los fines en el derecho, adoptando lo que Giuseppe Abbá ha denominado la “perspectiva de la primera persona”³²⁹. Con una interesante analogía nos explica el profesor Carlos I. Massini:

Aquí resulta conveniente recalcar que los autores contra los que escribe John Finnis – los positivistas estrictos - sostienen que el teórico social es un espectador de un espectáculo que puede tener cualquier fin-bien, y que es muy poco lo que puede decirse acerca de la razonabilidad de los fines. Finnis muestra que todo espectador indispensablemente habla del fin de la obra y lo valora, y esto es inevitable porque de lo contrario no se podría describir el espectáculo como tal espectáculo, es decir, saber que esto es un espectáculo y no una matanza, que esto es un espectáculo y no la vida real, etcétera. Dicho de otro modo, que un análisis interesante y explicativo de la realidad social implica, de algún modo, el análisis de la razonabilidad de fines y bienes³³⁰.

A partir de las consideraciones que preceden, considero que es importante dejar sentado que la filosofía del derecho de Finnis es una filosofía de corte plenamente hermenéutico³³¹. No sólo porque adopta las noción de punto de vista interno y muestra una profunda preocupación por el método que ha de seguirse para conseguir teorías exitosas, sino porque partiendo de esa metodología da un paso más en la explicación del derecho, a saber: el de identificar el punto de vista de la razonabilidad práctica con el sentido focal del punto de vista adecuado para

³²⁸ Finnis, John, “Sobre los caminos de Hart” en Grant, Kramer, Hatzistavrou, Colburn (comps), *El legado de H.L.A. Hart, Filosofía jurídica, política y moral*, op. cit., supra 2, p. 57.

³²⁹ Citado por Massini Correas, Carlos I., “Estudio Preliminar a John Finnis: Teoría del derecho natural” en Finnis, John, *Estudios de teoría del derecho natural*, op. cit., supra 118, p. XXXV.

³³⁰ *Ibidem*, p. XXXIV.

³³¹ Con esta visión coincide Vigo, Rodolfo, “La teoría jurídica de John Finnis”, op. cit., supra 295, p. 113.

explicar fenómenos sociales. De esta manera, va más allá del ideal del teórico social propugnado por Hart, según el cual, como se recordará, al emprender su descripción debía colocarse en la posición de quien acepta las reglas, pero sin comprometerse a aceptarlas expresamente.

5.4. Finnis y la teoría del conocimiento.

La herencia clásica de Finnis no sólo se patentiza en su metodología, sino, y probablemente con mucho mayor fuerza, en su teoría del conocimiento, y en particular, en su objetivismo en materia ética. El objetivismo ético de Finnis echa raíces en Aristóteles y Santo Tomás, y se proyecta en una enérgica defensa de la ley natural y sus contenidos en la época actual, y los temas que la asedian.

Como es sabido, la ética clásica es una ética de bienes o fines, es decir, que tiende a la consecución del bien a través de la práctica de las virtudes³³². Esta tradición ética se inicia con Aristóteles y algunos filósofos estoicos. Después de un breve declive histórico, resurge con vigorosidad en la persona del Tomás de Aquino, para, posteriormente, verse desplazada con el surgimiento del racionalismo y la modernidad³³³. Durante el siglo XX, surge una importante corriente conocida como tomismo o “neotomismo”, que pretende, a partir de los postulados básicos del Doctor Angélico, recuperar el legado de esta tradición³³⁴. En el caso particular de Finnis, puede considerársele en la línea intelectual de los teólogos católicos Bernard Lonergan y Germain Grisez³³⁵.

La postura de Finnis en materia valorativa se inscribe de lleno en la tradición de la ley natural y postula la existencia de bienes objetivos y absolutos morales.

³³² En el libro primero, de la *Ética Nicomaquea*, Aristóteles sentencia: “Todo arte y toda investigación científica, lo mismo que toda elección parecen tender a algún bien; y por ello definieron con toda pulcritud el bien los que dijeron ser aquello a que todas las cosas aspiran” Empleo la versión española de Antonio Gómez Robledo. Aristóteles, *Ética Nicomaquea - Política*, México, Porrúa, 2012, p. 3.

³³³ Véase MacIntyre, Alasdair, *Historia de la ética*, Barcelona, Paidós, 2006.

³³⁴ Véase, Bochenski, I.M., *La filosofía actual*, op. cit. supra 29, p. 255 y ss.

³³⁵ Véase Legarre, Santiago, “Entrevista a John M. Finnis”, op. cit., p. 860; así como “Apuntes para una biografía intelectual de John Finnis” en Etcheverry, Juan B., *Ley, moral y razón*, op. cit., supra 101, pp. 233- 247.

Considero bastante ilustrativa la siguiente cita, con que prácticamente se inicia *Ley Natural y Derechos Naturales*:

Hay (i) una serie de principios prácticos básicos que muestran las formas básicas de realización humana plena como bienes que se han de perseguir y realizar, y que son usados de una manera u otra por cualquiera que reflexiona acerca de qué hacer, no importa cuán erróneas sean sus conclusiones; y (ii) una serie de exigencias metodológicas básicas de la razonabilidad práctica (siendo ésta una de las formas básicas de realización humana plena) que distinguen el pensamiento práctico correcto respecto del incorrecto, y que, cuando se hacen todas operativas, proporcionan los criterios para distinguir entre actos que son (siempre o en circunstancias particulares) razonables-consideradas-todas-las-cosas (y no simplemente en relación –a-un-objetivo-particular) y actos que son irrazonables-consideradas-todas-las-cosas-,*i.e.* entre modos de obrar que son moralmente rectos o moralmente desviados – haciendo así posible formular una serie de pautas morales generales³³⁶.

La referencia a bienes humanos básicos, principios prácticos básicos, realización humana plena, así como a pautas morales generales respecto de las cuales puede predicarse rectitud o desviación, hacen posible señalar que la teoría finnisiana sostiene firmemente el objetivismo moral. Sin embargo, lo anterior no debe llevar a considerar que la teoría de Finnis incurre en teologismo pues, como él mismo señala, su explicación del derecho se sostiene aun sin el recurso a Dios. Y es justamente en dicha invulnerabilidad donde reside uno de los aportes más notables de este pensador al iusnaturalismo, como veremos más adelante.

El objetivismo moral de Finnis descansa sobre la tesis de la inconmensurabilidad de ciertos bienes humanos básicos. Dicha tesis sostiene que sólo si parte de la premisa de que ciertos bienes humanos tienen el carácter de inderivados e inconmensurables, de modo que sean incomparables y no jerarquizables entre sí, tiene sentido el razonamiento práctico y la elección libre, esto es, moralmente relevante³³⁷. Al respecto nos explica Carolina Pereira:

³³⁶ Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., supra 100, p. 56.

³³⁷ Cfr. Pereira Sáez, Carolina, "Sobre la inconmensurabilidad de los bienes básicos en J. Finnis", en Etcheverry, Juan B. (editor), *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*, op. cit., supra 101, pp. 43 – 56.

Lo que sostienen Finnis y otros autores con la tesis de la inconmensurabilidad de los bienes básicos, es que no existe ninguna medida aplicable a todos ellos, porque no comparten ningún rasgo que pueda darse en mayor o menor grado en función del cual pueda hacerse esa medición. En la obra de Finnis los bienes básicos son diversos, en correspondencia con las distintas dimensiones de la naturaleza humana, y últimos o irreductibles: no hay un bien ulterior, más básico, ni alguna forma de experiencia o de placer que los englobe. Es decir: su carácter de bien, es inderivado, porque ninguno es sólo un aspecto de, o un instrumento para, otro (que pueda buscarse un bien básico como medio para otro no niega este carácter inderivado), porque también tiene sentido buscarlo como fin último de la acción³³⁸.

La tesis de la inconmensurabilidad de los bienes humanos básicos sirve de base a la crítica que Finnis dirige contra las éticas consecuencialistas, destacadamente a la ética utilitarista. Según el profesor australiano, el utilitarismo, como teoría ética, incurre en una incoherencia al suponer que existe la posibilidad de medir, desde una perspectiva de costo-beneficio, entre distintos bienes que se encuentran en un mismo nivel. Aceptar que es posible medir con un criterio técnico entre bienes conduce a cancelar automáticamente el razonamiento práctico, pues éste dejaría de ser libre y racional, en la medida en que es irracional no elegir la mejor opción posible. Al respecto nos explica la profesora Pereira:

Las éticas consecuencialistas proponen apoyar el juicio sobre qué debe hacerse en una comparación previa entre las opciones alternativas que identifique cuál de las opciones realiza el mayor bien neto. A juicio de Finnis tal comparación es imposible, porque los bienes que están en juego en la elección con trascendencia moral son inconmensurables. Además esa comparación, de ser posible, excluiría la posibilidad de elegir libremente: si entendemos que una opción realiza el mayor bien neto, esto es, todo el bien que realizan las opciones alternativas y algo más, las otras opciones dejan de ser racionalmente atractivas, y por tanto elegibles³³⁹.

³³⁸ *Ibidem*, p. 44.

³³⁹ *Ibidem*, p. 45.

En suma, Finnis rechaza los enfoques agregativos de la moral en los que las decisiones éticas se justifican en la medida en que se logre el mejor resultado posible o se evite el menos malo³⁴⁰. Nos explica el profesor Robert P. George:

Al igual que los enfoques utilitaristas, y a diferencia de los kantianos, las teorías iusnaturalistas tratan fundamentalmente sobre el bienestar y la realización del ser humano, y toman los bienes humanos básicos como punto de partida para la reflexión ética. Sin embargo, a diferencia de los enfoques utilitaristas, las teorías del Derecho natural entienden que las formas básicas de los bienes humanos, tal como se presentan en las alternativas de una decisión moralmente relevante, son inconmensurables, lo cual deja sin sentido la estrategia utilitarista de elegir la alternativa que en general y a largo plazo promete conducir hacia la relación óptima entre daño y beneficio (cualquiera que sea la concepción de “beneficio” y de “daño” que se tenga)³⁴¹.

Por otra, parte, el profesor Cristóbal Orrego ha dado cuenta de la forma en que el profesor Finnis, paralela a su actividad académica, ha defendido en los más diversos ámbitos el contenido verdadero de la ley natural respecto de algunos de sus temas tradicionales: la familia, el respeto a la vida y la dignidad humanas, el matrimonio, el aborto, la eutanasia y la política de disuasión nuclear. Reseña el profesor chileno:

Aparte de esta re-presentación de la filosofía del derecho en clave iusnaturalista – iusnaturalista y analítica a la vez-, Finnis ha debido defender en general la objetividad de los principios éticos contra el escepticismo y la inmutabilidad e indispensabilidad de los preceptos negativos (las prohibiciones absolutas de la ley natural) contra las diversas formas de proporcionalismo y consecuencialismo (...).

Comenzó ya en 1968, defendiendo las conclusiones de la Encíclica *Humanae Vitae* sobre la ética de la regulación de los nacimientos. En torno a esta cuestión aparentemente relacionada sólo con la vida privada de las personas, y quizá bajo la presión de la revolución sexual – como se ha llamado a ese desatarse de la lujuria que trajo consigo la facilidad técnica y la seguridad psicológica de que podrían evitarse sus consecuencias -, muchos teólogos y pastores vinieron a aceptar la metodología moral proporcionalista y la autonomía de la conciencia respecto de las exigencias indispensables de la ley natural. John Finnis, desde la perspectiva de la filosofía jurídica, defendió la tesis clásica de que

³⁴⁰ Cfr. George, Robert P., *Entre el derecho y la moral*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2010, p. 15.

³⁴¹ Ídem.

hay ciertas clases de actos que son de suyo desordenados y, por tanto, moralmente malos, con independencia de los bienes que por se ellos se pretenda conseguir³⁴².

Cuáles sean los fundamentos filosóficos en que radica esta postura son cuestiones que no pueden abordarse en este lugar con mayor profundidad, por lo que debemos conformarnos con dejar apuntado que el objetivismo ético que suscribe Finnis es determinante para su toma de postura frente a los juicios valorativos en la ciencia del derecho.

5.5 John Finnis y los juicios de valor.

A diferencia de las teorías de Hans Kelsen y H.L.A. Hart que ya analizamos, en la teoría de John Finnis la cuestión evaluativa tiene una importancia capital. Se plantea, desde el inicio de *Ley natural y derechos naturales*, como una cuestión de principio que debe quedar esclarecida antes de ocuparse de cualquier tratamiento particular. Lo anterior es congruente con la crítica que se ha formulado desde diversas trincheras en contra de los positivistas contemporáneos consistente en que suelen partir de una noción preconcebida sobre lo que el derecho es, cuando lo metodológicamente correcto sería llegar a él sólo después de haber llevado a buen puerto las investigaciones filosóficas suficientes que permitan delimitar sus límites³⁴³.

Esto constituye de suyo un avance teórico respecto de los autores que hemos estudiado con antelación, pues, como veremos, la formulación del concepto de derecho que Finnis ofrece incorpora plenamente la dimensión valorativa, parcialmente excluida en las dos teorías anteriores. En ese sentido, su teoría es propiamente normativa, tal como lo señala el propio profesor australiano en el *Postscript* a la segunda edición de *Natural Law and Natural Right*:

The book's programme and explanations are justificatory (p. 237), to 'explore the requirements of practical reasonableness', and 'trace the ways in which sound laws, in all

³⁴² Órrego, Cristóbal, "Ética objetiva y razonamiento jurídico", op cit. p. 232-233.

³⁴³ Véase Serna, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, op. cit., supra 10, p. 13.

their positivity and mutability, *are to be derived...* from unchanging principles... that have their force from their reasonableness'

(p. 351).

To say this is not to retreat in the least from the argument of Chapter I, that descriptive social theory is a legitimate project but dependent, for the critical formation of its own concepts, on fully normative considerations such as those introduced in Chapter II and proposed, defended, and elaborated through the ten chapters of Part Two

Así, contrario al postulado del positivismo analítico según el cual, previo a construir una teoría general normativa, que se ocupe del derecho que debe ser, es indispensable construir una teoría general descriptiva, que permita conocer el derecho que es, lo que Finnis postula es, exactamente, lo contrario³⁴⁴. Esto es, que si se sigue el método correcto, toda teoría general del derecho es necesariamente normativa. El método correcto, como vimos en apartados anteriores, según Finnis, es el que atiende a los fines eminentemente prácticos a los que responde el derecho. Luego, corresponde al teórico del derecho dar respuesta a la cuestión de por qué es importante, necesaria, la institución social denominada derecho. El problema es expuesto en los siguientes términos por el propio Finnis:

So the inquiry we are hypothesizing, the inquiry about law, starts humbly enough as: Why *have* the sort of thing or things that get called the law and legal system, legal institutions, and processes and arrangements that we call the law of our time and town? 'Why have it?' is of course elliptical for 'Why, if at all, should we have it?' The inquiry is nakedly about whether and if so why I, the reflecting person doing the inquiring, should want there to be this sort of thing, and be willing to do what I can and should to support and comply with it (if I should). It arises in the course of reflection, *deliberative* reflection, on what I should really do, here and now, and with my life as far as I can envisage it³⁴⁵.

Para Finnis, el concepto de derecho, y en general todos los conceptos jurídicos, deben atender a los fines prácticos³⁴⁶ que hacen necesaria su existencia en

³⁴⁴ Cfr. Isler Soto, Carlos, "Presupuestos metodológicos de la teoría iusnaturalista de John Finnis" en *Revista Ius et Praxis*, año 24, No 1, 2018, pp. 101 – 128.

³⁴⁵ Finnis, John, *Philosophy of law. Collected Essays: Volume IV*, New York, Oxford University Press, 2011, p. 25.

³⁴⁶ Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., supra 100, p. 48.

relación con los bienes humanos básicos que ayuda a realizar. Es en este punto en donde se da la mayor separación entre las posturas defendidas por Hart y Finnis, pues, según vimos en el capítulo precedente, para el primero de los mencionados, la adopción del punto de vista interno por parte del teórico del derecho no implica, en ningún caso, la aceptación por razones morales de las reglas jurídicas estudiadas. En cambio, para Finnis, el caso central del punto de vista interno presupone la aceptación, por razones morales, de las reglas jurídicas en tanto exigencia de justicia³⁴⁷. Ello es así porque sólo un punto de vista interno como el señalado permitiría responder a la cuestión de por qué es necesario el derecho, a saber: porque es una condición de posibilidad del florecimiento humano. Nos explica el profesor Isler Soto:

¿Por qué una persona razonable prácticamente captaría que es una exigencia de justicia que exista el derecho y que, por ende, ahí donde este no exista, debe ser puesto? Porque una tal persona capta que “hay bienes humanos que solo pueden ser asegurados a través de las instituciones del derecho humano, y exigencias de razonabilidad practica que solo aquellas instituciones pueden satisfacer”. Y que tales bienes, y el cumplimiento de tales exigencias de razonabilidad practica, son necesarios para el florecimiento humano. En otras palabras, que el derecho es *condición de posibilidad del florecimiento humano*, en una sociedad mínimamente compleja. Y lo es no solo porque posibilita el florecimiento humano –al posibilitar la coordinación de acciones en favor del bien común–, sino además porque solo el derecho puede cumplir tal función en una sociedad mínimamente compleja³⁴⁸.

De esta forma, los juicios valorativos del teórico del derecho pasan, en la confección de su teoría, a un primer plano. Con un enfoque eminentemente práctico, el teórico del derecho debe escoger de entre el conjunto de instituciones, prácticas, acciones, aquellas que hacen importante tener derecho. Por ello señala el profesor australiano:

En relación con el derecho, las cosas más importantes que el teórico ha de conocer y describir son las cosas que, a juicio del teórico, hacen importante desde un punto de vista

³⁴⁷ Cfr. Isler Soto, Carlos, "Presupuestos metodológicos de la teoría iusnaturalista de John Finnis", op. cit., p. 115.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 116.

práctico tener derecho – las cosas, por tanto, que en la práctica es importante “atender” al ordenar los asuntos humanos. Y cuando de hecho (en algunas o aun en muchas sociedades) estas “cosas importantes” están ausentes o se ven rebajadas o explotadas o son de alguna otra forma deficientes, entonces las cosas más importantes que el teórico ha de describir son esos aspectos de la situación que revelan esta ausencia, rebajamiento, explotación o deficiencia³⁴⁹.

Lo anterior no significa que la ciencia social se encuentre sujeta a los prejuicios particulares del teórico que la realiza, antes bien, debe estar determinada por las estimaciones sobre los bienes humanos básicos que el derecho ayuda a realizar, por el punto de vista de la razonabilidad práctica, como vimos más arriba. De modo que:

Hay así un ir y venir entre, por una parte, las estimaciones sobre el bien humano y sus exigencias prácticas, y por otra, las descripciones explicativas (empleando todas las convenientes técnicas históricas, experimentales y estadísticas para descubrir todas las interrelaciones causales relevantes) del contexto humano en que de diversos modos se alcanza o de diversos modos se destruye el bienestar humano. Así como no cabe derivar los propios juicios básicos sobre los valores humanos y las exigencias de razonabilidad práctica mediante alguna inferencia a partir de hechos de la situación humana, tampoco cabe reducir la ciencia social descriptiva a una apología de los propios juicios éticos o políticos, ni a un proyecto para repartir elogios o anatemas entre los actores de la escena humana: en este sentido, la ciencia social descriptiva es “libre de valoraciones”³⁵⁰.

Me parece que el ideal finnisiano de teórico social es retratado con gran fidelidad por Legarre cuando señala que:

Entre todas las actitudes posibles, debe elegir aquélla que trata al derecho como una institución merecedora de respeto y obediencia, como una exigencia razonable de la felicidad y la paz sociales. Es el punto de vista moral o, como prefiere llamarlo Finnis para evitar equívocos, el punto de vista de la razonabilidad práctica. Es decir, el de quien – ciudadano o juez- ve en las leyes requerimientos de la razón práctica misma; el de quien asigna a la obligación legal un rango moral,- al menos presuntivamente – pues la afirmación de que una ley en particular obliga moralmente admite prueba en contrario. Esta persona, que constituye el estándar adecuado para el científico, se identifica con el hombre virtuoso al que Aristóteles denominada *spoudaios*. Él está en condiciones de

³⁴⁹Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., supra 100, p. 50.

³⁵⁰ Ídem.

saber cuándo una regla merece crédito moral como un medio para favorecer la consecución del bien de la sociedad y cuándo, en cambio, la presunción de obligatoriedad moral debe ceder, pues no encontramos frente a una ley injusta³⁵¹.

En suma, si una teoría del derecho aspira a ser completa, en el sentido de lograr captar y retratar fielmente la totalidad del fenómeno estudiado, no puede limitarse a reportar meras regularidades de comportamiento, observables desde un punto de vista externo, sino que debe apuntar al entendimiento de los procesos sociales en su complejidad inherentes, que atienden a bienes y fines prácticos, de los que no es posible dar cuenta sino desde un punto de vista interno - práctico. Dice el otrora profesor de Oxford:

Pero la situación es distinta si a lo que se aspira es a ofrecer una explicación general de instituciones o prácticas humanas, como el derecho la amistad, las constituciones, y así sucesivamente. Aquí se confronta la necesidad de seleccionar y priorizar no sólo la investigación en sí misma, sino más bien un conjunto de conceptos (y sus términos correspondientes) de entre (o arriba o abajo) el conjunto de términos y conceptos empleados en la auto-comprensión de los individuos o grupos bajo (o disponibles para) estudio³⁵².

En síntesis de lo anterior hemos de señalar que para Finnis toda reflexión provechosa sobre el derecho implica un análisis valorativo sobre las exigencias de la razonabilidad práctica, esto es, de lo que “es realmente bueno para las personas humanas”³⁵³. Además, frente a la diversidad de acciones, prácticas, disposiciones y discursos que constituyen la materia del análisis jurídico, se impone la necesidad de atender a las finalidades que han sido asignadas por sus agentes a cada una de éstas, entender su razón de su ser³⁵⁴, en sentido práctico.

Es claro que frente a la diversidad de fenómenos por describir, surge la necesidad de adoptar un criterio que permita distinguir entre lo que es importante y significativo a efectos de la descripción. En efecto, si se acepta que la selección del objeto a describir como derecho implica una valoración previa del teórico

³⁵¹ Legarre, Santiago, “El concepto de derecho en John Finnis”, op. cit. p. 81.

³⁵² Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., supra 100, p. 10.

³⁵³ Cfr. *Ibidem*, p. 37.

³⁵⁴ Cfr. Legarre, Santiago, “El concepto de derecho en John Finnis” op. cit. 72. .

descriptivo sobre lo que el derecho es, y que éste, a su vez se entiende cómo surge la necesidad de identificar un caso central que permita efectuar la labor descriptiva con mayor grado de objetividad³⁵⁵.

³⁵⁵ *Ibíd.*, p. 73.

CAPÍTULO 6

LOS JUICIOS DE VALOR EN JOSEPH RAZ (1939-)

6.1. Introducción.

El último autor del pensamiento iusfilosófico contemporáneo de cuya obra debemos ocuparnos es del profesor israelita Joseph Raz. La teoría del derecho de Raz parte de la tesis que sostiene que para cualquier indagación fructífera sobre la naturaleza del derecho es indispensable contar, previamente, con una teoría del sistema jurídico, entendido como una intrincada urdimbre de disposiciones jurídicas interrelacionadas³⁵⁶. En efecto, para este autor, cualquier teorización provechosa sobre el concepto de derecho y los términos jurídicos requiere de una teoría que dé cuenta de cuatro problemas típicos que presenta todo sistema jurídico, a saber: la cuestión de su existencia, de su identidad, de su estructura, y del contenido necesario, si es que existe alguno, de los mismos³⁵⁷. La respuesta propuesta por Raz a cada una de estas cuestiones ha configurado lo que actualmente se conoce como positivismo jurídico excluyente, una corriente dentro del positivismo jurídico moderno, que lleva hasta sus últimas consecuencias la tesis de la separación entre el derecho y la moral, y de la que el otrora profesor de Oxford constituye, naturalmente, su más conspicuo representante.

En los últimos años, las reflexiones de este iusfilósofo se han centrado en las condiciones que una teoría del derecho debe satisfacer para ser exitosa, es decir, en los requerimientos mínimos que el estudio del derecho debe cumplir para considerarse útil, e inclusive, como propiamente científico³⁵⁸. En ese contexto surge la postura que el profesor Raz sostiene respecto del alcance y función de los juicios de valor al interior de la teoría jurídica, que vamos a analizar en este capítulo. Por tanto, en el presente capítulo empezaré con un breve repaso de algunas de las tesis principales de la teoría de Raz, que nos ayudarán a entender

³⁵⁶ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, "Prólogo" en Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, México, Ediciones Coyoacán, 2011, p. 13.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 20.

³⁵⁸ Al respecto, véase el ya citado Raz, Joseph; Alexy, Robert; Bulygin, Eugenio, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, *op. cit.*, *supra* 6, pp. 50 y ss.

su posición valorativa. Complementaré mi exposición con la reformulación que la profesora Julie Dickson ha realizado sobre este tópico del pensamiento raziano, a la que ha denominado “tesis de la evaluación indirecta”.

6.2. La teoría jurídica de Joseph Raz.

Como apunté, la teoría de Raz supone que la naturaleza del derecho sólo puede ser aprehendida a partir de los elementos que proporciona una teoría del sistema jurídico que aborde al menos tres de los cuatro problemas fundamentales que plantea un sistema jurídico, a saber: (i) el problema de su existencia, esto es, la forma en que puede determinarse, a partir de proposiciones verdaderas o falsas sobre la realidad, la existencia de un sistema jurídico; (ii) el problema de su identidad, o la forma en que puede válidamente determinarse la “membresía”, entendida como pertenencia, de una norma jurídica a un sistema jurídico dado; y (iii) el problema de su estructura, esto es, la determinación de patrones o relaciones comunes entre las distintas disposiciones que conforman un sistema jurídico³⁵⁹. Cabe señalar que el problema del contenido necesario que un sistema jurídico debe poseer es una cuestión que, si bien no es excluida totalmente de la teoría de Raz, sólo es marginalmente considerada, en virtud de su pretendido carácter estrictamente analítico.

Por su parte, la teoría del sistema jurídico de Raz supone que los tres rasgos característicos del derecho que indispensablemente deben figurar en su explicación son su naturaleza normativa, institucional y coactiva. Lo anterior implica, respectivamente, que: el derecho funciona como guía de conducta para quienes se encuentran sujetos a él; que su creación, aplicación e identificación se lleva a cabo a través de instituciones sociales; y que su obediencia se encuentra garantizada, en última instancia, por el uso de la fuerza³⁶⁰. Por lo anterior, afirma el profesor Raz:

³⁵⁹Cfr. Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, op. cit., supra 356, p. 20.

³⁶⁰ Cfr. *Ibídem*, p. 22.

Un sistema jurídico puede ser concebido como un sistema de razones para la acción. La cuestión de su identidad es la cuestión de qué razones son razones jurídicas, o dicho más precisamente: qué razones son razones jurídicas de un mismo sistema jurídico. He mencionado anteriormente dos rasgos que son necesarios para hacer una razón una razón jurídica. (1) Son razones aplicadas y reconocidas por un sistema de tribunales. (2) Estos tribunales están obligados a aplicarlas de conformidad con sus propias prácticas y costumbres. Estos rasgos dan cuenta del carácter institucional del derecho: el derecho es un sistema de razones reconocidas y aplicadas por instituciones jurídicas aplicadoras *autoritativas*³⁶¹.

La primera de las características mencionadas, la naturaleza normativa del derecho, lleva al profesor israelí a centrar buena parte de su atención en el razonamiento práctico y las relaciones que se dan entre las razones que lo conforman. De esa forma, a partir del peso que cada una de las razones tiene en el balance que antecede a una deliberación libre, Raz propone una clasificación entre razones concluyentes, absolutas y *prima face*³⁶², así como en razones ordinarias y de segundo orden (o razones excluyentes, esto es, razones para que se refieren, a su vez, a razones)³⁶³. No es el caso de explicar a detalle esta clasificación, basta con señalar que, según esta teoría, las normas jurídicas, al ser emitidas por una autoridad legítima, o pretendidamente legítima al menos, se constituyen en requerimientos que excluyen a las demás razones³⁶⁴, es decir, tienen el efecto de que los individuos pasen por alto cualquieras otras razones que posean para actuar, lo que lo lleva a afirmar. Al respecto nos explica el profesor Juan Vega:

Las directivas e.g. funcionan como R.E. [razones excluyentes]. Estas reglas se basan en razones que la autoridad estima son las adecuadas para actuar o no de determinada forma, las razones en las cuales se basa la regla son razones dependientes (de aquí en adelante RD). Traigamos a colación entonces las ideas ya mencionadas: las directivas son RE porque pretender asegurar correspondencia-*conformity* con las RD, y hacen esto a través del procedimiento que Raz denominada estrategia indirecta, donde el guiarse-

³⁶¹ *Ibíd*em, p. 256.

³⁶² Véase Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 19 y ss.

³⁶³ *Ibíd*em, pp. 22 y ss.

³⁶⁴ Cfr. Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, *op. cit.*, *supra* 97, p. 77.

motivarse- *compliance* por la razón no se da con base en las RD, sino que dicha motivación puede que se encuentra en la regla misma, todo esto con la idea clara que el objetivo es uno de correspondencia-*conformity* con la razón objeto de la acción³⁶⁵.

La segunda característica, la naturaleza institucional del derecho, se encuentra fuertemente ligada con una versión fuerte de la tesis de las fuentes sociales, que, como se recordará, es uno de los pilares del positivismo jurídico, y constituye la columna vertebral de la argumentación del positivismo jurídico excluyente³⁶⁶. Dicha tesis implica que un hecho social es una condición necesaria y suficiente para determinar la existencia del derecho e identificar su contenido³⁶⁷. Así lo expone el propio Raz:

Es ampliamente aceptado, incluso por muchos iusnaturalistas, que un sistema de normas no es un orden jurídico salvo que establezca instituciones judiciales (*adjudicative institutions*) que se encarguen de resolver las controversias normales surgidas por las aplicaciones de las disposiciones del sistema. Es también generalmente aceptado que tal orden normativo es autoritativo y ocupa una posición de supremacía dentro de la sociedad, i.e. pretendiendo el derecho de legitimar o proscribir otras instituciones sociales.

Este carácter institucional del derecho lo identifica como tipo social, como un tipo de institución social. En pocas palabras: es un sistema para guiar y decidir (jurídicamente) que pretende suprema autoridad dentro de una sociedad, y por tanto que, ahí donde es eficaz, goza de autoridad efectiva³⁶⁸.

Como veremos, en la tesis fuerte de las fuentes sociales subyace también la postura de Raz sobre los juicios de valor en la teoría del derecho, pero antes, cabe señalar que la teoría del sistema jurídico que estamos analizando llega a la conclusión de que éstos tienen una pretensión de comprehensividad, de supremacía y son abiertos. Lo anterior implica, respectivamente, que: los sistemas jurídicos pretenden autoridad para regular cualquier tipo de conducta de quienes se encuentran sujetos a él, sin limitar su extensión a una determinada actividad;

³⁶⁵ Vega Gómez, Juan, "El positivismo excluyente de Raz", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto de 2004, pp. 709-739.

³⁶⁶ Véase Serna, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, op. cit., p. 46.

³⁶⁷Cfr. Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, op. cit., supra 97, p. 78.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 62.

que los sistemas jurídicos pretenden autoridad para regular a todos los demás sistemas institucionalizados existentes en una comunidad; y que los sistemas jurídicos permiten en forma permanente la incorporación de normas que son ajenas a él³⁶⁹.

Finalmente, la característica de la coactividad del derecho, implica que éste cuenta, como garantía última de su cumplimiento, con el uso de la fuerza. Esta característica, aunque central, no resulta lógicamente indispensable, pues el profesor Raz no descarta la posibilidad de un sistema jurídico que no recurra a la imposición de sanciones por medio de la fuerza. Por ello apunta:

¿Es posible que haya un sistema jurídico en vigor que no prevea sanciones o que no autorice su imposición por medio de la fuerza? La respuesta parece ser que ello es humanamente imposible pero lógicamente posible. Es humanamente imposible, porque dado como son los seres humanos, se requiere el apoyo de las sanciones, impuestas por la fuerza si es necesario, para asegurar un grado razonable de conducta en correspondencia con el Derecho y ara impedir su completo colapso. Y, sin embargo, podemos imaginar otros seres racionales que puedan estar sujetos al Derecho y que tengan, y que reconozcan que tienen, razones más que suficientes para obedecer al Derecho con independencia de las sanciones³⁷⁰.

El argumento del profesor Raz va más allá al considerar que el derecho, al constituir una guía pública de conducta, creado y aplicado a través de instituciones sociales consigue finalidades sociales valiosas. Por ello no es aventurado señalar que la concepción raziana del derecho toma forma en función de los objetivos que el derecho consigue en la sociedad, mismas que identifica en número de cuatro, a saber: (i) prevención de comportamiento indeseable y obtención de comportamiento deseable; (ii) proveimiento de medios para la celebración de acuerdos privados entre individuos; (iii) proveimiento de servicios y redistribución de bienes; y (iv) resolución de disputas no reguladas. Lo anterior queda de manifiesto en el siguiente párrafo:

³⁶⁹ Cfr. Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, op. cit., supra 362, p. 175 y ss.

³⁷⁰ Ibídem, p. 184.

El derecho es un patrón público por medio del cual se puede medir el propio comportamiento como, también, el comportamiento de los demás. Ayuda a asegurar la cooperación social no sólo a través de sanciones que proveen motivos para la conformidad, sino, también, designando, de forma accesible, los patrones de conducta requeridos para tal cooperación. Este hecho ha sido enfatizado por más de un iusnaturalista en virtud de que forma parte la justificación de la necesidad del derecho positivo.³⁷¹

Se considera que todo lo anterior resulta útil para entender cabalmente la postura que el profesor Raz sostiene frente a los juicios de valor como parte de la teoría del derecho, tópico del que pasamos a ocuparnos.

6.3 Raz y los juicios de valor.

La postura que defiende el profesor Raz frente a la cuestión de los juicios de valor como parte integrante de una exitosa teoría del derecho es un resultado inmediato de la versión fuerte de la tesis de las fuentes sociales que defiende³⁷². En efecto, según este autor, la tesis de las fuentes sociales permite una clara separación entre descripción y evaluación en el derecho, además de que ayuda a desterrar los prejuicios del teórico del derecho. Afirma Raz:

La tesis social es frecuentemente recomendada en base a que separa nítidamente la descripción del derecho de su evaluación. Esto, se afirma, evita confusiones y aporta claridad de pensamiento. Es cierto, pero esto presupone la tesis más que fundamentarla. Si el derecho tiene que ser identificado mediante criterios sociales, entonces, tratar de identificarlo sin separar claramente los hechos sociales de las consideraciones evaluativas es equívoco, y frecuentemente, un craso error. Pero su la identificación del derecho supone, como muchos iusnaturalistas creen, consideraciones tanto evaluativas como sociales, entonces separar éstas en la identificación derecho es equívoco y erróneo.

³⁷¹ *Ibídem* p. 71

³⁷² Cabe señalar que la opinión del profesor Raz diferiría de esta aseveración, pues como él mismo señala, la tesis de las fuentes sociales antes que fundamentar la separación entre descripción y evaluación del derecho, la presupone, sin embargo, como trataré de mostrar ello no es necesariamente así. Véase Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, *op. cit.*, *supra* 97, p. 60.

La adhesión a la tesis social elimina los prejuicios del investigador. Requiere que este último haga a un lado sus opiniones evaluativas y deónticas y se base exclusivamente en consideraciones que puedan ser investigadas y descritas de una forma valorativamente neutral³⁷³.

Aunque, según el profesor Raz, la tesis de las fuentes sociales más que fundamentar normativamente la separación entre la función descriptiva y evaluativa de la teoría del derecho, la presupone, sostengo que ello no es necesariamente así, pues, como se mostró en el apartado anterior, la concepción del derecho propuesta por Raz, a partir de su teoría del sistema jurídico, da lugar a una noción estrictamente positiva del mismo. Me explico: al identificar a los sistemas jurídicos como esencialmente institucionalizados, el concepto de derecho de Raz se confina al que es creado a través de instituciones sociales, como una clara exclusión del derecho natural. Lo anterior condiciona necesariamente el objeto de estudio de su teoría del derecho, circunscribiéndolo exclusivamente al derecho positivo. Por tanto, la tesis fuerte de las fuentes sociales que Raz defiende condiciona también su objeto de estudio.

Ahora bien, el profesor Raz se inscribe en la línea hermenéutica de Hart y Finnis que ya estudiamos en capítulos precedentes. Ello es evidente cuando el profesor israelí, a propósito del método adecuado para la teoría del derecho, defiende la necesidad de atender a los fines prácticos a que el derecho responde para llevar a cabo una descripción exitosa del mismo³⁷⁴.

Asimismo, el profesor Raz coincide en que una de las funciones de la teoría del derecho, probablemente la más importante, es ayudar a nuestro entendimiento de la sociedad y de cómo las personas se entienden a sí mismas en relación con el derecho y las razones que éste proporciona. En tal virtud, para que una teoría del derecho sea exitosa, esto es, para que logre describir con fidelidad su objeto de estudio, resulta indispensable que realice juicios valorativos sobre lo que es importante y significativo en el conjunto de prácticas, instituciones y discursos que

³⁷³ *Ibidem*, p. 61.

³⁷⁴ Ello es patente en: Raz, Joseph; Alexy, Robert; Bulygin, Eugenio, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, *op. cit. supra* 6, pp. 65 y ss.

tienen significación jurídica. Sin duda, el caso más claro de dicha importancia y significación teórica es el conjunto de relaciones, contingentes o no, entre el derecho y la moral y la correlativa pretensión de autoridad moral inherente al derecho. En ese sentido, señala Raz:

La teoría del derecho contribuye en este aspecto a una mejor comprensión de la sociedad. Pero sería incorrecto llegar a la conclusión, como lo hace D. Lyons, de que el éxito de un análisis del concepto de derecho se juzga de acuerdo con su utilidad sociológica teórica. Hacerlo es ignorar el hecho de que, a diferencia de los conceptos tales como <<masa>> y <<electrón>>, <<la ley>> es un concepto utilizado por las personas para comprenderse a sí mismas. No estamos libres de elegir cualquier concepto que nos resulta útil. Una importante tarea de la teoría del derecho consiste en lograr profundizar nuestra comprensión de la sociedad, al ayudarnos a comprender la manera en que las personas se entienden a sí mismas.

Para esto, efectivamente, recurre al juicio evaluativo, ya que este tipo de juicio es ineludible cuando se intenta determinar qué resulta relevante y significativo en la comprensión común del concepto de derecho. En este capítulo afirmo que uno de tales rasgos es la pretensión de autoridad del derecho, y el papel mediador que implica. La significación de esta característica surge, tanto en su carácter distintivo como un método de organización social, como en su aspecto moral distintivo, que hace que consideraciones especiales influyan en la determinación de la actitud moral correcta hacia las instituciones dotadas de autoridad³⁷⁵.

Al respecto, cabe recordar que Raz ha insistido por décadas en la tesis de la pretensión autoritativa del derecho, esto es, en el postulado que sostiene que el derecho pretende tener autoridad moral frente a quienes se encuentran sujetos a él. A su juicio, lo anterior explica también que la filosofía del derecho no pueda verse totalmente libre de valoraciones morales. Sin embargo, Raz cree que el solapamiento de términos comunes entre ambas esferas normativas no implica en ningún caso que el derecho sea una parte de la moralidad, sino que el lenguaje en que el derecho se formula es una expresión de lo que éste aspira a ser, esto es,

³⁷⁵ Raz. Joseph, *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 256.

moralmente legítimo, y no de lo que es³⁷⁶. Sobre esta característica del lenguaje jurídico señala nuestro autor:

Es una expresión del hecho de que el derecho necesariamente pretender autoridad legítima. Se sigue de ello, por supuesto, que cuando un sistema jurídico está en vigencia, muchos, notablemente sus funcionarios, creen que esa pretensión está justificada. Lo que no se sigue es que esté justificada. De todos modos, el hecho es crucial para entender el tipo de institución que el derecho es, y – desde el punto de vista moral – fija los criterios por lo que el derecho debe ser juzgado. El derecho, en tanto institución social compleja, debe ser juzgado como bueno sólo si su pretensión de autoridad está moralmente garantizada, y solo si sus instituciones se conducen como las autoridades legítimas deben conducirse. La doctrina moral de la autoridad legítima es crucial para nuestra comprensión y evaluación del derecho³⁷⁷.

En tal virtud, el profesor Raz coincide en que la teoría del derecho, *lato sensu*, debe adoptar un punto de vista interno, esto es, el punto de vista del destinatario de la normas que adopta el contenido como su código moral, a efecto de conseguir una autocomprensión más acabada de las instituciones humanas que desea explicar, en el entendido de que éstas, por su propia naturaleza, se encuentran impregnadas de valores. Continúa el otrora profesor de Oxford:

Primero, la filosofía del derecho no está libre de valoraciones. En la parte previa intenté explicar cómo el tipo de empresa filosófica a la que pertenece la explicación de la naturaleza del derecho es un intento por explicar nuestra propia autocomprensión; es una explicación del derecho desde el punto de vista interno, por usar la manera en que HART presenta una idea relacionada. Nuestra autocomprensión incluye una concepción de la naturaleza de las prácticas e instituciones que nos rodean. Más aún, nuestra autocomprensión es práctica, esto es, es parte de nuestro intento por fijar nuestra orientación en el mundo, de encontrar nuestra orientación identificando quiénes somos y qué es bueno y malo, correcto o incorrecto, importante o trivial en nuestro entorno. Como resultado, nuestra autocomprensión está atravesada por valores de punta a punta, e inevitablemente sucede lo mismo con su estudio filosófico³⁷⁸.

³⁷⁶Raz, Joseph, *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*. Madrid. Marcial Pons, 2013, p.123.

³⁷⁷ Ídem.

³⁷⁸ Ídem.

Raz destaca la función esencialmente teórica del concepto de derecho, al señalar que éste nos permite comprender también culturas ajenas a la nuestra aun en el caso de que éstas no posean conceptos equivalentes, por lo que indica:

De crucial importancia es el hecho de que conceptos como el de derecho son esenciales no sólo para nuestra comprensión de las prácticas e instituciones de nuestras propias sociedades, sino también para nuestra comprensión de otras sociedades. En nuestros intentos por comprender sociedades con culturas radicalmente diferentes a las nuestras encontramos un conflicto. Por un lado, para comprender otras sociedades debemos dominar sus conceptos, pues no las comprenderemos a menos que entendamos cómo se perciben a sí mismas. Pero, por otro lado, no podemos comprender otras culturas a menos que podamos relacionar sus prácticas y costumbres con las nuestras. Sus conceptos no serán comprendidos por nosotros a menos que podamos relacionarlos con nuestros propios conceptos [...]

Es decir, la comprensión de culturas ajenas requiere la posesión de conceptos que se aplican de un lado y otro de la frontera entre nosotros y ellos, conceptos que puedan ser aplicados tanto a las prácticas de otras culturas como también a las nuestras. Contra tales conceptos es necesario para hacer que las culturas ajenas sean inteligibles para nosotros. Son requeridos para permitirnos entender mejor sus conceptos que no compartimos³⁷⁹.

Finalmente, Raz trae nuevamente a cuenta el argumento de la función social del derecho para justificar su identificación sin referencia a valoraciones. De modo que si aceptamos que para que el derecho goce de autoridad moral legítima es menester que sea creado por una autoridad con autoridad moral (la repetición de los términos es inevitable), de ello se sigue que el contenido del derecho puede ser identificado sin referencia a valoraciones morales³⁸⁰. Por ello, nuestro autor señala:

La legitimidad del derecho depende en parte de su eficacia. Como he sostenido en otro lado, el derecho es una estructura coordinativa de segundo orden. Provee no solo la solución a problemas de coordinación social, sino también la solución al asunto de

³⁷⁹ Raz, Joseph, Alexy, Robert; Bulygin, Eugenio, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, op. cit., *supra* 6, p. 80.

³⁸⁰ Cfr. Raz, Joseph, *Entre la autoridad y la interpretación*, op. cit., *supra* 379, p. 126.

cuándo una cuestión es una cuestión de coordinación, y de quién tiene la autoridad pública para resolverla.

De manera que, para que el derecho pueda cumplir su función, y por tanto para que sea capaz de gozar de autoridad moral, debe poder ser identificado sin referencia a los asuntos morales que reemplaza, i.e. los asuntos morales sobre los que se supone debe decidir. Este es el fundamento ético del hecho de que el derecho es una institución social. Este fundamento tiene consecuencias obvias y de gran alcance para nuestra comprensión de la naturaleza del derecho³⁸¹.

6.4 Raz frente a Finnis.

Como vimos en el capítulo anterior, para el profesor John Finnis la evaluación en la teoría del derecho ocupa un lugar central en la identificación del derecho. Dicha evaluación debe atender a lo que es importante y significativo para una descripción, según el criterio del teórico del derecho, pero debe ser guiada por el sentido focal del punto de vista interno, esto es, por el punto de vista de la razonabilidad práctica. En contraposición, Raz sostiene que la determinación de lo que es importante y significativo para describir exitosamente al derecho, no tiene por qué prejuzgar sobre la bondad o maldad de determinadas instituciones jurídicas³⁸². Sobre esta postura nos explica la profesora Julie Dickson:

Por otra parte, la postura de Raz es que no obstante la evaluación del derecho resulta necesaria en la filosofía jurídica, la evaluación respectiva no es moral. [...].

Por lo anterior, parece ser que Raz desea tener un tipo de evaluación en su teoría jurídica, es decir, una evaluación que permita al filósofo del derecho identificar cuáles son las actitudes, creencias y el entendimiento por las mismas personas sujetas al derecho más importantes y significativas; pero no otro tipo de evaluación, es decir, una evaluación moral de sustancia y contenido de dichas actitudes, creencias y entendimientos propios³⁸³.

³⁸¹ *Ibíd.*, p. 127.

³⁸² Dickson, Julie, *Evaluación en la teoría del derecho*, *op. cit.*, *supra* 4, p. 62.

³⁸³ *Ídem.*

A partir de dicha consideración de la tesis de Raz, la profesora Dickson sostiene que la teoría del derecho no tiene por qué adentrarse al asunto de evaluar las instituciones jurídicas e indicar con ello si son buenas o malas, justificadas o no³⁸⁴. Al efecto, Dickson incorpora una distinción entre lo que denomina evaluaciones directas y evaluaciones indirectas. Las primeras son “aquellas proposiciones que adscriben valor o significado a algo en este sentido fundamental de considerarlo como algo bueno. Entonces proposiciones evaluativas directas son aquéllas de la forma, o que implican proposiciones de la forma, “X es bueno”³⁸⁵. Por su parte, las proposiciones evaluativas indirectas únicamente “señalan que determinado X tiene propiedades evaluativas, pero no implican proposiciones evaluativas directas que sostengan que dicho X es bueno (o malo)”³⁸⁶. En otras palabras, mientras las proposiciones de evaluación directa implican una aprobación o desaprobación, las de evaluación indirecta únicamente se limitan a señalar que una proposición de evaluación directa aprueba o desaprueba.

En tal virtud, Dickson ha caracterizado a la postura de Raz como “teoría jurídica de evaluación indirecta”, toda vez que no niega la necesidad de evaluar dentro de la teoría del derecho sobre lo que es importante y significativo para constituir su objeto, sin embargo, se niega rotundamente a evaluar su objeto con miras a determinar si éste es bueno o malo. La profesora británica lo explica así:

No obstante lo anterior, si como lo hemos manifestado en esta discusión: 1) podemos llevar a cabo una distinción viable y coherente entre proposiciones evaluativas indirectas y directas enfatizando que si “X es importante” esto no implica que este mismo X es bueno, y 2) podemos explicar la forma en que un juicio concerniente a que “X es importante” en relación las características del derecho puede encontrar sustento en otra vía distinta al fundamento de evaluaciones directas en relación a X, entonces el punto de Finnis en cualquier presentación que le desee dar, no necesariamente se mantiene. Por tanto, será posible para Raz tener lo que denomino una teoría jurídica de evaluación indirecta, i.e. una explicación del derecho apoyada en proposiciones evaluativas indirectas concernientes a ciertas características importantes y significativas del derecho, pero la cual no tiene que adentrarse al asunto de llevar a cabo juicios evaluativos directos

³⁸⁴ *Ibíd.*, p. 68.

³⁸⁵ *Ibíd.*, p. 66.

³⁸⁶ *Ibíd.* p. 67.

en relación con dichas características y la institución social que las exhibe, e indicar con ello si son buenas o malas, justificadas o no.³⁸⁷

En lo particular, considero que esta reformulación de las ideas de Joseph Raz es insatisfactoria por al menos dos razones: *(i)* parte de una concepción desviada de propuesto por Finnis respecto de lo que debe ser la función del teórico del derecho. Es decir, la teoría de Finnis no sostiene que sea una característica esencial del derecho ser un fenómeno moralmente justificado, por lo que el análisis del mismo, no puede, ni debe, conducir a esa conclusión. Ello no impide que, para Finnis, a diferencia del Raz, el derecho, en su sentido focal, sí se encuentre moralmente justificado; y *(ii)* la separación entre proposiciones evaluativas directas e indirectas agrega, indebidamente, un plano teórico adicional a la teoría del derecho. Esto es, crea una meta teoría jurídica evaluativa, complicando innecesariamente el análisis del derecho.

³⁸⁷ *Ibidem*, pp. 85-86.

CONCLUSIONES GENERALES.

Al emprender esta investigación he perseguido varios objetivos. En primer lugar, he buscado ofrecer una interpretación general sobre el curso seguido por la filosofía jurídica analítica de las últimas décadas a partir de una perspectiva esencialmente epistemológica. Esta visión panorámica sobre el devenir de la reflexión analítica sobre el derecho muestra que a partir de la segunda mitad del siglo pasado, las teorías del derecho han, paulatina y hasta sesgadamente, abandonado el relativismo ético que las caracterizó durante el auge del positivismo, como ideal científico. Lo anterior en modo alguno significa que actualmente el objetivismo ético, como teoría moral, subyazca a la mayoría de las teorías que se elaboran sobre el derecho. Antes bien, ante las complejas realidades actuales, el relativismo moral es siempre una alternativa para el teórico del derecho del siglo XXI. Las consecuencias de esta evolución, (si es que puede llamarse así) de la teoría jurídica analítica, que va de un relativismo exacerbado hacia un “contenido mínimo” de moralidad son mucho más modestas: responden a la incapacidad de la teoría del derecho tradicional para dar respuesta a la diversidad de fenómenos que hoy constituyen el objeto de la jurisprudencia.

Por otra parte, el desarrollo de nuestra investigación, inicialmente epistemológica, nos condujo a explorar la conexión, frecuentemente olvidada, entre metodología y epistemología. Poner en primer plano esa conexión nos permitió confirmar que los límites del derecho, y en consecuencia, de lo que constituye el objeto de estudio de la teoría jurídica, se establecen en función de la teoría del conocimiento que se adopte. Esto es, los márgenes del derecho se encuentran en una relación directa con el ámbito de lo ético en tanto cognoscible y susceptible de objetividad.

En segundo lugar, al exponer las críticas que Putnam y otros destacados filósofos han enderezado contra el rigorismo del positivismo lógico y la dicotomía analítico/sintético, desde mediados del siglo pasado, he buscado poner a examen la plausibilidad y conveniencia de la aplicación del concepto de razón práctica como un elemento central en la explicación de la normatividad del derecho. Así, es claro que el abandono de postulados fuertemente arraigados en la filosofía

jurídica, como la dicotomía hecho/valor, nos abre un abanico de posibilidades teóricas que bien vale la pena explorar.

Ahora bien, la investigación presentada, al exponer el tratamiento que cada una de las teorías jurídicas escogidas³⁸⁸ da a los juicios valorativos dentro de su construcción teórica, ha buscado, también, defender varios puntos de vista al respecto, y que han quedado planamente demostrados, mismos que procedo a enunciar:

1.- Aunque la exégesis estándar de la teoría jurídica de Hans Kelsen sostiene que dicha teoría es de inspiración, casi exclusivamente, neokantiana, el examen que hemos realizado sobre la postura valorativa de Kelsen nos obliga a reconocer la influencia definitiva que el positivismo lógico tuvo sobre éste. Las razones de esta influencia pueden ser las circunstancias históricas y geográficas que vincularon estrechamente a Kelsen y los positivistas lógicos, así como la profunda confianza de ambas partes en que la filosofía tiene sentido únicamente como teoría de la ciencia, y que su ámbito es exclusivamente el de la razón especulativa.

Así, la teoría jurídica de Kelsen constituye el principal baluarte de la versión fuerte de la tesis de la neutralidad valorativa, al considerar, quizá ingenuamente, que es posible realizar una fiel descripción del derecho a través de términos estrictamente avalorativos, que nos permitan conocer, sin distorsiones, su naturaleza.

La importancia de la *Teoría Pura del Derecho* para la filosofía jurídica contemporánea es innegable, en virtud de la principal lección que nos legó el jurista austriaco: la legitimación del *statu quo* o la justificación de un régimen político a través de un discurso pretendidamente científico se traduciría en el extravío de la razón de ser de la ciencia del derecho.

³⁸⁸ En este momento resulta oportuno aclarar que, además de las razones ofrecidas en la Introducción a este trabajo, la elección de los cuatro autores estudiados se explica en razón de su plena identificación como filósofos analíticos del derecho. En ese sentido, la ausencia de Ronald Dworkin en este trabajo es notoria, pero se debe a la dificultad de catalogarlo como un filósofo analítico propiamente. Al respecto puede verse Dickson, Julie, *Evaluación en la teoría del derecho*, *op. cit.*, *supra* 4, pp. 9 y ss.

2. Al analizar la teoría de H.L.A. Hart asumí, como un supuesto no problemático, que la teoría jurídica contemporánea ha experimentado un cambio de paradigma en términos kuhnianos. Nuestro análisis proporciona elementos suficientes para sostener que temporalmente, ese cambio de paradigma puede ubicarse, al menos embrionariamente, en la teoría del derecho de Hart. En efecto, la incorporación de las herramientas de la filosofía del lenguaje, la hermenéutica, y destacadamente, el empleo de la noción de razón práctica³⁸⁹ como elemento central de la explicación de la normatividad del derecho, permiten ubicar en esta teoría el cambio de paradigma.

Tener presente lo anterior resulta indispensable para comprender cabalmente el postulado de la neutralidad valorativa en el pensamiento de Hart. Como sostuve en el capítulo respectivo, su postura frente a los juicios de valor es una consecuencia inmediata de la aplicación de la filosofía del lenguaje al derecho. Ello queda de manifiesto cuando reparamos, siguiendo a Maccormick, en que el ideal metodológico de Hart puede ser descrito como sigue: “el punto de apoyo y la perspectiva metodológica central de la teoría analítica del derecho de Hart consiste en que como teórico jurídico o social descriptivo, uno puede y debe, mantener aparte sus propios compromisos, su moral crítica, su pertenencia o no a un grupo, y mostrar las reglas tal como son para aquellos a quienes pertenecen³⁹⁰.”

En efecto, se trata de captar el punto de vista interno de los destinatarios de la norma como hechos sobre los cuales fundamentar conclusiones descriptivas generales en cuanto al significado de las proposiciones de derecho, sin que ello implique, bajo ninguna circunstancia, compartirlos o respaldarlos.

Esta teoría constituye una versión mucho más débil, y más realista en consecuencia, de la tesis de la neutralidad valorativa en su versión kelseniana, y sienta las bases para su desarrollo posterior a cargo de Finnis y Raz.

³⁸⁹ No ignoro que la aplicación del concepto de razón práctica data de antiguo en la filosofía del derecho, sin embargo, en esta exposición me he centrado exclusivamente en la filosofía analítica contemporánea.

³⁹⁰ Maccormick, Neil, *H.L.A. Hart*, (ed. 1981), p. 37 y 38 citado por Finnis, en “Sobre los caminos de Hart...”, en Grant, Kramer, Hatzistavrou, Colburn (comps), *El legado de H.L.A. Hart, Filosofía jurídica, política y moral*, op. cit., supra 2, p. 29.

3.- La teoría del derecho de John Finnis defiende un modelo de ética objetiva, con todas las consecuencias que ello implica. En cuanto a metodología, la defensa del objetivismo ético lleva a la plena incorporación de los juicios valorativos en la tarea de identificación del derecho. Según Finnis, al emprender su labor, el teórico del derecho se encuentra obligado a adoptar el punto de vista interno, en su sentido focal, esto es, el de la razonabilidad práctica, so pena de convertir a su teoría en un montón de hechos irrelevantes.

Además, la teoría del derecho del profesor emérito de Oxford supone que frente a la diversidad de acciones, prácticas, disposiciones y discursos que constituyen la materia del análisis jurídico, se impone la necesidad de atender a las finalidades que han sido asignadas por sus agentes a cada una de éstas, entender su razón de su ser, en sentido práctico.

4.- Sostengo que la teoría jurídica de Raz es resultado del sincretismo entre una versión fuerte de positivismo (positivismo jurídico excluyente) y una corriente metodológica no positivista, como la surgida a raíz de la crítica de los postulados del positivismo lógico. Ello queda de manifiesto cuando el profesor israelí reconoce la inevitable presencia de juicios de valor en la filosofía del derecho, atento a que su objeto de estudio, las instituciones humanas conocidas como derecho, se encuentra impregnado, indefectiblemente, por valoraciones. Sin embargo, el resabio positivista es también patente cuando acota que las valoraciones no son necesariamente de tipo moral, con lo cual, el postulado de la neutralidad valorativa queda incólume.

Considero que lejos de constituir una contradicción, la propuesta teórica de Raz ofrece una garantía frente a la indebida incorporación de los prejuicios particulares del filósofo del derecho en sus elaboraciones teóricas.

En suma de lo anterior, la investigación que presento parte de la convicción profunda de quien escribe de que la teoría jurídica, sin abandonar su talante científico, debe reflexionar seriamente sobre la moralidad del derecho, y en particular, sobre la justicia, la principal virtud del jurista.

Bibliografía.

Abbganano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

Aladár Metall, Rudolf, *Hans Kelsen. Vida y obra*, México, Ediciones Coyoacán, 2009.

Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002.

Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1994.

Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, México, Ediciones Coyoacán, 2011.

Austin, John, *The Province of jurisprudence determined*, Edited by Wilfrid E. Rumble, New York, Cambridge University Press, 1995.

Bentham, Jeremías, *Fragmento sobre el gobierno*, Madrid, R.B.A. Proyectos Editoriales, S.A., 1985.

Beuchot, Mauricio, Ludwig Wittgenstein. Analogía y parecidos de familia, México, Herder, 2015.

Beuchot, Mauricio y Saldaña Serrano Javier, *Derechos Humanos y naturaleza humana*, México, UNAM, 2017.

Bochenski, I.M., *La filosofía actual*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976.

Bulygin, Eugenio, *El positivismo jurídico*, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2005, México, Ediciones Fontamara, 2006.

Carpintero, Francisco, *Dogmas y Escepticismo*, México, Porrúa, 2013.

Carpintero Benítez, Francisco, *La ley natural. Una realidad aún por explicar*, México, UNAM, 2013.

Cinciardo, Juan, Etcheverry, Juan B., Martínez Cinca, Carlos Diego, Rivas, Pedro, Saldaña Serrano Javier, Zambrano, Pilar (coordinadores), *Filosofía práctica y derecho. Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas*, México, UNAM, 2016.

Copi, Irving, *Introducción a la lógica*, Buenos Aires, Eudeba, 1974.

Colomer, Josep M.(ed), *Bentham. Antología*, Barcelona, Ediciones Península, 1991.

Cracogna, Dante, *Cuestiones Fundamentales de la Teoría Pura del Derecho*, México, Fontamara, 2005.

De Páramo Arguelles, Juan Ramón, *H.L.A. Hart y la Teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

Dickson, Julie, *Evaluación en la teoría del derecho*, México, UNAM, 2006.

Ebenstein, William, *La teoría pura del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1947.

Escalante Gonzalbo, Fernando, *Historia mínima del neoliberalismo*, México, El Colegio de México, 2015,

Escalante Gonzalbo, Fernando, *Una idea de las ciencias sociales*, México, Paidós, 1999.

Esquivel Pérez, Javier, *Kelsen y Ross*, México, Fontamara, 2011.

Esquivel, Javier, *Racionalidad jurídica, moral y política*, México, Fontamara, 2001.

Etcheverry, Juan B., *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*, México, UNAM, 2013.

Ferrer Beltrán, Jordi; Moreso, José Juan, y Papayannis, Diego M. (eds), *Neutralidad y teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

Finnis, John, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, New York, Oxford University Press, 1998.

Finnis, John, *Estudios de teoría del derecho natural*, México, UNAM, 2017,

Finnis John, *Ley natural y Derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.

Finnis, John, *Philosophy of law. Collected Essays: Volume IV*, New York, Oxford University Press, 2011.

Gaeta, Rodolfo; Robles, Nilda, *Nociones de epistemología*, Buenos Aires, Eudeba, 1988.

George, Robert P., *Entre el derecho y la moral*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2010.

Grant, Kramer, Hatzistavrou, Colburn (comps), *El legado de H.L.A. Hart, Filosofía jurídica, política y moral*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

Hart, H.L.A. *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1962.

Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

Hart, H.L.A., *Essays on Bentham, Jurisprudence and Political Theory*, New York, Oxford University Press, 1982.

Hart, H.L.A., *Post scriptum al concepto de derecho*, México, UNAM, 2000.

Hume, David, *Tratado de la naturaleza humana*, edición de F. Duque, Madrid, Tecnos, 1998.

Hobbes, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*, Madrid, Editorial Gredos, 2012.

Kelsen, Hans, *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin*, Buenos Aires, Katz, 2006.

Kelsen, Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, México, Ediciones Coyoacán, 2010.

Kelsen, Hans, *La Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa, 2012.

Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, México, Fontamara, 2011.

Köhnke, Klaus Christian, *Surgimiento y auge del neokantismo*, México, Universidad Autónoma Metropolitana – Fondo de Cultura Económica, 2011.

Llano, Alejandro, *Gnoseología*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A., 1998.

Maccormick, Neil, *H.L.A. Hart*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

MacIntyre, Alasdair, *Historia de la ética*, Barcelona, Paidós, 2006.

Moreso, José Juan, *La Teoría del Derecho de Bentham*, Barcelona, PPU S.A., 1992.

Morente, A. *Lecciones Preliminares de Filosofía*, México, Editores Mexicanos Unidos, 1983.

Moulines, Carlos Ulises y Díez Calzada, José, *Fundamentos de Filosofía de la Ciencia*, Barcelona, 2008.

Moulines, C. Ulises, *El desarrollo moderno de la filosofía de la ciencia (1890-2000)*, México, UNAM, 2011.

Oliva, Claudio (editor), *Estudios sobre Kelsen*, Valparaíso, Edeval, 1996.

Orrego, Cristóbal, *Analítica del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*, México, UNAM, 2005.

Orrego, Cristóbal, *Hart. Abogado del positivismo jurídico*, Pamplona, EUNSA, 1997.

Paulson, Stanley, *Fundamentación crítica de la doctrina de Hans Kelsen*, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 2000.

Putnam, Hilary, *El desplome de la dicotomía hecho/valor y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 2004

Raz, Joseph (compilador), *Razonamiento práctico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.

Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, México, Ediciones Coyoacán, 2011.

Raz, Joseph, *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica*. Madrid. Marcial Pons, 2013

Raz, Joseph, *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, UNAM, 1982.

Raz. Joseph, *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001.

Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Raz, Joseph; Alexy, Robert; Bulygin, Eugenio, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Rivas, Pedro, *Retorno a los orígenes de la tradición positivista*, Madrid, Civitas, 2007.

Rolleri, José Luis, *Introducción a la filosofía actual de la ciencia*, México, Fontamara, 2012.

Sabine, George, *Historia de la teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013.

Saldaña Serrano, Javier, *Derecho natural, Tradición, falacia naturalista y derechos humanos*, México, UNAM, 2014.

Sedín Mateos, José Antonio, *La filosofía moral de Hans Kelsen*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

Sen, Amartya, *La idea de la justicia*, México, Taurus, 2009.

Serna, Pedro, *Filosofía del Derecho y Paradigmas Epistemológicos, de la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2012.

Stadler, Friederich, *El Círculo de Viena, Empirismo lógico, ciencia, cultura y política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.

Tamayo y Salmorán, Rolando, *Juris Prudentia: More Geometrico*, México, Fontamara, 2013.

Tugendhat, Ernst, *Introducción a la filosofía analítica*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2003.

Vigo, Rodolfo, "La teoría de John Finnis" en *El iusnaturalismo actual. De M. Villey, a J. Finnis*, México, Fontamara, 2003.

Von Wright, *Explicación y comprensión*, Madrid, Alianza Universidad, 1979.

Von Wright, Georg Henrik, *Norma y acción*, Madrid, Tecnos, 1990.

Whitehead, Alfred North, *Process and reality. An essay in Cosmology*, New York, Macmillan, 1957.

Winch, Peter, *Ciencia social y filosofía*, Buenos aires, Amorrortu editores, 1990.

Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones Filosóficas*, (trad. Carlos Ulises Moulines), México, UNAM-Secretaría de Cultura, 2007.

Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Logico-Philosophicus*, (en lo sucesivo *TLP*), traducción de Jacobo Muñoz Veiga e Isidoro Reguera Pérez, Madrid, Alianza, 1980.