

**FILOSOFANDO (REALMENTE) DESPIERTO
SOBRE EL DERECHO:
DOS REFLEXIONES EN TORNO AL MAGNÍFICO
LAW AS A MORAL IDEA DE N. E. SIMMONDS**

Roberto Moreno Rodríguez Alcalá¹

... [quam leges] ut perspicuum esse possit, in ipso nomine legis interpretando inesse vim et sententiam iusti et veri legend.²

SUMARIO

El presente ensayo toma nota de una obra destinada a convertirse en un clásico de la filosofía del derecho contemporáneo –“Law as a Moral Idea” del Profesor de la Universidad de Cambridge N.E. Simmonds– y al tiempo de introducirla al público jurídico paraguayo y recomendar ávidamente su lectura, aprovecha la ocasión para reflexionar (muy superficialmente) sobre dos cuestiones respecto de las cuales arroja luz, y mucha, el libro reseñado. Así, primeramente se defenderá que la obra constituye la más sofisticada exposición en el ámbito anglosajón del “doctrinal legal scholarship” o doctrina jurídica, tan importante en el ámbito del civil law como descuidada por la literatura iusfilosófica del common law, de forma tal a demostrar que el programa positivista simplemente no puede explicar sensatamente tan crucial aspecto del fenómeno jurídico.

-
1. Profesor de Derecho Civil (Contratos), Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas (U.C.). Procurador General de la República del Paraguay (2013-al presente).
 2. CICERÓN, *De Legibus*, II, 11.

En segundo lugar, se tomará nota del ingenioso, y luminoso, argumento de Simmonds para explicar por qué los jueces al fallar deben siempre “hacer justicia” en la frase trillada pero no por ello incorrecta, ya que, en la feliz expresión del filósofo inglés, “los jueces deben leer al derecho todo como un conjunto de textos referidos a la justicia”. El valor de legalidad va siempre acompañado de la justicia, y viceversa, siendo la misión del juez “to do justice according to law”, en la sucinta pero exacta expresión inglesa.

La obra de Simmonds, en suma, permite pensar lúcidamente sobre los perennes problemas filosóficos del derecho, en una perspectiva lejana al positivismo contemporáneo, sin caer adormecido a tentaciones idealizantes del derecho; en otras palabras, permaneciendo despierto en todo momento del análisis filosófico del derecho.

ABSTRACT

*This essay carries on the content of a work predestined to becoming a classic of the contemporary law philosophy: *Law as a Moral Idea*, by author N.E. Simmonds, professor at Cambridge University. It introduces the book to the Paraguayan juridical public, and strongly recommends reading it while at the same time it very superficially reflects on two issues enlightened in ample manner by the book.*

Firstly, it defends the point that the book represents the most sophisticated exposure of the “legal doctrine scholarship” or juridical doctrine, its great importance in the field of civil law, and the fact of it being neglected by the iusphilosophical literature on the common law. In such a way as to demonstrate simply that a positivist agenda cannot wisely explain such a crucial aspect of the juridical phenomenon.

Secondly, it will make a note of the clever and bright argument utilized by Simmonds to explain the reason why judges, when they rule, should always “deliver justice”, per the cliché, although not incorrect phrase as, according to the expression of the British philosopher, “judges must read the whole law as a collection of texts about justice”. The value of legality

goes always accompanied by justice; vice versa, according to the succinct and exact English expression, it is the duty of the judge "to do justice according to the law".

In short, Simmonds' work makes it possible to think lucidly – within a perspective distant from the contemporary positivism – about the everlasting philosophical problems of the law, without being numbed by idealizing temptations of the law. In other words, remaining awake at all times during the law philosophical analysis.

I

En un ensayo extraordinariamente lúcido –hoy día, ya clásico–, H.L.A. HART dibujó un memorable estudio topográfico del mapamundi de la filosofía del derecho. Ahí, apuntaba la irresistible tendencia que existe de ver al fenómeno jurídico bajo dos puntos extremos de un espectro: o como una pesadilla, o como un noble sueño³. Algunas escuelas filosóficas, como el realismo norteamericano o la *Critical Legal Studies*, caían dentro del exceso de ver al derecho sólo como una “pesadilla”, en tanto que otras, como el viejo formalismo, el *legal process* (en sentido amplio, incluyendo a Ronald DWORKIN), y el análisis económico del derecho iban al otro extremo, el de concebirlo como un “noble y bello sueño”.

Claro que, como suele ocurrir cuando existen dos posiciones extremas aparentemente antagónicas, las mismas terminan siendo más parecidas de lo que las diferencias superficiales indican⁴. En este caso, para

3. H.L.A. HART, “American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream” (1977) 11 Ga. L. Rev. 969, incluido luego en sus *Essays on Jurisprudence and Philosophy*, OUP, Oxford, 1984.

4. No puedo resistir aquí el deseo de apuntar la similitud que existe entre dos movimientos aparentemente antagónicos, el fascismo de derecha y el stalinismo de izquierda, que detrás de las diferencias superficiales, tenían aterradoras similitudes. Afortunadamente hoy contamos con una obra que defiende extensa y convincentemente esta tesis: Vladimir TISMANEANU, *The Devil in History*, Univ. California Press, Berkeley, 2012.

HART, ambos extremos compartían un núcleo común esencial: *todos esos pensadores jurídicos, enrolados en la crítica o en el idealismo, estaban dormidos* – unos con un bello sueño, otros con una pesadilla, *pero todos dormidos al fin*.

La conclusión del ensayo es, desde luego, que la única tradición filosófica en el derecho que evita estos errores, que tiene una visión verdaderamente realista de las cosas, y que no sucumbe al encanto de quedar dormida –la única despierta a la realidad– es la que HART defiende: la del positivismo jurídico⁵. La impronta principal del ensayo hartiano, sin dudas, es esta: que sólo el positivismo jurídico permite al teórico permanecer lúcido y despierto para poder analizar correctamente al derecho. Los demás viven, para HART, abrazados a MORFEO.

Es esta, al menos en mi opinión, la razón principal por la que HART defiende a capa y espada a la tradición del positivismo jurídico a pesar de que varios de sus presupuestos históricos y filosóficos hubieran caído⁶: es

-
5. Consciente de lo traicionero y hasta contraproducente de utilizar rótulos en lugar de debatir posiciones filosóficas sustantivas – como decía MORRIS COHEN en afortunada frase, “*labels are libels*” – no obstante puede retenerse el término “positivismo jurídico” como identificador de una tradición de pensamiento más o menos discernible con algunas tesis más o menos compartidas (Un ensayo reciente y lúcido apuntando las ideas núcleo y principales actores de la tradición es el de LESLIE GREEN, “Legal Positivism”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2009 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/legal-positivism/>). En esta breve reseña si utilizo dicho término es solo en ese sentido: para identificar a una tradición de pensadores que arranca en el ámbito anglosajón con BENTHAM (incluso más atrás, en HOBBS) y llega en el siglo pasado a su cumbre con HART, y se mantiene hoy en quienes consciente o inconscientemente se consideran tributarios de su pensamiento – RAZ, KRAMER, GARDNER, MARMOR, GREEN et al (en el ámbito continental, pero con masiva influencia en la tradición anglosajona, sobresale desde luego la figura HANS KELSEN).
 6. Varios críticos del positivismo han conjeturado, luego de constatar que ya no existen razones valederas para sostener a la tradición y ver (hasta exasperados) que aún así sigue contando con fervientes defensores (especialmente en la estela hartiana), que tiene que existir una razón esotérica detrás: DWORKIN, en reiteradas oportunidades (por ej. R. DWORKIN, “30 years on”, 115 *Harvard Law Review* 1655-87, 1661, reseña vitriólica de JULES COLEMAN, *The Practice of Principle*, OUP, Oxford, 2001), en su momento lo ha hecho también ácidamente JEREMY WALDRON, (en su

la única visión que mantiene una vigilia despierta ante las potentes fuerzas idealizantes que subyacen al derecho y que llevan al intérprete a nublar su vista y otorgarle una fuerza moral que no merece.

La preocupación es más que entendible: el discurso y la práctica jurídica se encuentran cargados de potentes imágenes y términos acompañados de una alta dosis de carga positiva favorable (“justo”, “inocente”, “Palacio de Justicia”, etc.)⁷, lo que puede llevar al riesgo de que se le dote una majestad moral incluso a regímenes y acciones que en realidad son estrictamente injustas o inmorales. Resulta tentador –hasta normal– caer subyugado por una visión ideal y moralizante del derecho, que de alguna manera conlleva que los ciudadanos sujetos a su imperio no tengan una visión crítica adecuada y por el contrario, sean más parecidos a ovejas que a ciudadanos críticos⁸.

Esta advertencia, y la urgente necesidad de “estar despiertos” a la hora de analizar el derecho, es la espina dorsal del proyecto hartiano de defensa de la tradición positivista, y explica en buena parte el grado de adhesión de varios pensadores al mismo a pesar de lo aparentemente

-
- contribución “Political Philosophy” en COLEMAN-SHAPIRO (eds.) *Oxford Companion to the Philosophy of Law*, OUP, Oxford, 2002, especialmente la conclusión en las págs. 380-381. POSTEMA ha ayudado a resaltar, por lo demás, que la tradición anglosajona del positivismo tiene sentido histórico solo en las raíces benthamitas del proyecto, que obviamente hoy en día ya no existen. POSTEMA, *Bentham and the common law tradition*, OUP, Oxford, 1986.
7. En palabras del sociólogo del derecho norteamericano Philip SELZNICK, “*Law and justice have a special affinity ... the association of law and justice is supported by considerable symbolism, some of which is writ in granite, as when we read on the frieze of the Supreme Court, “Equal Justice Under Law”. The Constitution purports to “establish Justice”; our high courts are staffed by justices; the attorney general heads a Department of Justice*”. Philip SELZNICK, *The Moral Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community*, 1992, pág. 235.
8. Expresamente utiliza esta metáfora ovina HART en *The Concept of Law* (2ª Edición), OUP, Oxford, 1994, pág. ... Jeremy WALDRON ha escrito un luminoso ensayo sobre este punto: J. WALDRON, “All we like sheep” 12 Canadian J.L. & Jurisprudence 169 (1999), que es la quizás más clara exposición de los temores de HART sobre una sociedad sometida por el derecho.

inverosímil o insostenible de muchas de sus tesis – especialmente, agregaría, en tiempos como los nuestros en los que prima el espíritu de los maestros de la “hermenéutica de la sospecha”⁹.

Ante esta forma de plantear las cosas: ¿qué teórico podría querer que lo cataloguen de estar durmiendo –sobre todo, de ser un inocente y creer en el “noble sueño” de los ideales morales del derecho– de ser un “sonámbulo del derecho”?

No puede sorprender, en consecuencia, que al menos en el ámbito de la filosofía del derecho anglosajona contemporánea, el positivismo jurídico (hartiano y post-hartiano, en sus diversas formas), se hubiera convertido en la posición hegemónica¹⁰, a pesar de críticos valientes y extraordinariamente lúcidos, pero críticos aislados al fin¹¹. Los términos del debate, y sus límites, siguen siendo los barajados por HART. La vigilia permanente que ofrece el positivismo hartiano, en contraposición al “sonambulismo teórico” de sus adversarios, con su altamente ingeniosa posición doble, o “agnóstica” –de permitir el análisis interno (i.e. verda-

-
9. Paul RICOEUR célebremente afirmó que MARX, NIETZSCHE y FREUD eran los “maestros de la sospecha”, que buscaban por sobre todo, establecer “un pensamiento de la sospecha capaz de desvelar, de desenmascarar, de traer a luz verdades ocultas”. Ver la completa biografía intelectual del gran filósofo francés: Francois DOSSE, *Paul Ricoeur, Los Sentidos de una Vida*, Fondo Cultura Económica, México, 2008, pág. 317. Estos tres pensadores estaban, en distintas formas, dedicados a un proyecto intelectual de desenmascarar, desmitificar y exponer lo real de lo aparente. Aunque parezca inverosímil, como se verá más abajo, es éste y no otro es el espíritu del moderno positivismo jurídico, lo que parece difícil reconciliar con las posiciones políticas liberales y democráticas de los mismos (no compartidas, desde luego, por un MARX o NIETZSCHE).
 10. Como dice en una por lo demás ácida nota David DYZENHAUS, “*legal positivists today form by far the biggest camp within legal theory*”; DYZENHAUS, “Positivism’s Stagnant Research Programme,” 20 *Oxford Journal of Legal Studies* 703, pág. 719.
 11. Los dos más importantes –en el mundo anglosajón– contemporáneos a HART son (por orden cronológico) FULLER y DWORKIN; sin olvidar, por supuesto, a la resurrección de la tradición aristotélico-tomista de John FINNIS, o la reciente apostasía de Jeremy WALDRON. Pero la ortodoxia, como se defiende en el texto (y ver n. 8 *supra*) sigue siendo hartiana –RAZ, COLEMAN, GREEN, GARDNER, SHAPIRO, LEYTER, WALUCHOW y un largo etcétera.

deramente normativo) del derecho sin colapsar en la aceptación moral del mismo (porque la regla de reconocimiento no necesariamente debe ser adoptada por razones morales)— se convirtió así, de alguna manera, en la *ortodoxia*.

II

Esta ortodoxia ha recibido un formidable batacazo, o cuánto menos un desafío dialéctico tremendo, con la aparición de la magnífica obra *Law as a Moral Idea* (“El Derecho como una idea Moral”) a fines del 2007¹²; obra que, desde el título mismo, enrostra firmemente sus clarines de batalla filosófica, al abrazar sin ambages la noción de que, mal que le pese al positivismo jurídico, la conexión del derecho y la moral no solo es importante, sino *consustancial, esencial, definicional*.

El libro presenta el pensamiento maduro —y largamente madurado— de un notable profesor inglés de filosofía del derecho, Nigel SIMMONDS, quien lastimosamente ha pasado desapercibido en forma casi absoluta para el público hispanohablante¹³. Ello, a pesar de ser autor de la (quizás) más aguda introducción a la filosofía del derecho anglosajona contemporánea¹⁴ y de venir aportando hace décadas al debate teórico con puntos de vista novedosos, siempre lúcidos, y altamente originales, sin enmarcarse en los lugares comunes de otras tradiciones, como la positivista analítica, la iusnaturalista clásica o el anti-positivismo dworkiniano. Se trata de una voz original, independiente, luminosa, y que a partir de esta obra debe convertirse en necesario interlocutor de cualquier discusión filosófica en torno al fenómeno jurídico, y la discusión filosófica sobre el dere-

12. N. E. SIMMONDS, *Law as a Moral Idea*, OUP, Oxford, 2007.

13. No tengo conocimiento de que se hubiera traducido obra alguna del mismo al español, y las citas a su obra anterior son casi nulas.

14. N. E. SIMMONDS, *Central Issues in Jurisprudence*, Sweet & Maxwell, Londres, 2008 (3ª Edición); parece un texto introductorio, pero apenas uno se sumerge en su texto, se da cuenta que es mucho más que eso.

cho en nuestro idioma se ve empobrecida por la ausencia de la voz de SIMMONDS, que espero sea remediada pronto con una traducción –urgentemente requerida– de este libro.

“Imprescindible” y “clásico” son dos palabras que vienen inmediatamente a la mente del lector en la medida que avanza y aprende de la mano de SIMMONDS, que además, no está demás notar, sigue el mandato orteguiano de la claridad al pie de la letra: es una obra, todos lo han reconocido, además de lúcidamente pensada, extraordinariamente bien escrita¹⁵. Nadie podrá quejarse de planteamientos oscuros, o de pedantería en el lenguaje. Se podrá estar de acuerdo o no con SIMMONDS, pero el desacuerdo o acuerdo será siempre *claro*.

III

Una breve digresión

El libro de SIMMONDS tiene, además de sus múltiples y notorios méritos propios, en mi opinión muy personal (que –pido disculpas al lector– no la puedo silenciar), un punto adicional extraordinario: constituye la más persistente y fiel defensa filosófica de las ideas de un gran filósofo del derecho –Lon FULLER–. En esto me ha tocado, pues confieso mi admiración por varias líneas de su pensamiento –y su nunca igualado estilo imaginativo¹⁶–. FULLER ha sido injustamente tratado por años en la teoría del derecho por no ser “filosóficamente sofisticado” (sic), con lo cual se pretende despacharlo sin considerar la fortaleza de sus tesis más allá que

15. “Beautifully written and consistently illuminating”, como dice John GARDNER, “Hart on Legality, Justice and Morality”, (2010) *Jurisprudence* 253, pág. 253.

16. Solo dos ejemplos: el caso de los exploradores de cavernas (Lon L. FULLER, “The Case of the Speluncean Explorers”, 62 Harv. L. Rev. 616 (1949), y por supuesto, la fábula del desafortunado monarca *Rex* con la que se explica el ideal del *rule of law* (FULLER, *The Morality of Law*, Yale Univ. Press, Rev. Ed. 1969) son suficientes para fundar el aserto de que FULLER fue el teórico del derecho más imaginativo de los últimos tiempos.

fuera un “filósofo académico”. Esto, por supuesto, es puro *ad hominem*, y pasa por alto el hecho que FULLER es uno de los más lúcidos, creativos, originales e ingeniosos pensadores jurídicos de las últimas décadas¹⁷. Era hora que alguien lo defendiera como correspondía, y SIMMONDS—más allá de que que (como es necesario)—corrige y rectifica en varios lugares a FULLER¹⁸, lo reivindica a mi modo de ver definitivamente.

Si fuera solo por este hecho—por ser la elaboración filosófica de los temas fullerianos más sofisticada y profunda a la fecha en la teoría del derecho—el libro de SIMMONDS estaría más que justificado.

Pero, obvio: es mucho, mucho más.

IV

Efectivamente, el libro, es muchas cosas: es una resurrección de una tradición filosófica—“idealismo jurídico”, para ponerle un rótulo—que tuvo sus mayores exponentes en KANT y HEGEL, y que se encontraba desacreditada, casi moribunda, en el campo de la filosofía del derecho anglosajona, y para mejor, la rescita sin el oscurantismo lingüístico que tanta veces castiga a esa tradición (especialmente germana); es una férrea defensa de la aparente paradoja de que las reglas jurídicas y obligaciones que nos encorsetan en el tráfico social nos dan, aunque parezca imposible, la necesaria *libertad*, nos permite ser *libres*; contiene una

-
17. Adicionalmente, FULLER contribuyó en forma masivamente influyente a la doctrina jurídica pura: su ensayo (escrito con PERDUE) “The Reliance Interest in Contract Damages” (1936) 46 *Yale Law Journal* págs. 52-96, quizás el más citado en el derecho contractual moderno, es un trabajo que marcó a fuego—hasta hoy día—la agenda del derecho contractual anglosajón. De pocos filósofos del derecho que hubieran aportado desde el telescopio teórico puede decirse que hubieran tenido tan destacada actuación en el microscopio jurídico de la doctrina.
 18. Resulta soberbio en este sentido que SIMMONDS destacara como la versión excesivamente legislativo-céntrica de *The Morality of Law* debe ser complementada y rectificada por anteriores y superiores tratamientos del propio FULLER que consideran y dan también su lugar a posición del juez en la creación y desarrollo del derecho. Ver *Law as a Moral Idea...*, ob. cit. págs. ____.

paciente, densa y en última instancia victoriosa defensa del *rule of law*, del ideal moral de la “legalidad” o imperio de la ley, especialmente contra sus denegadores positivistas como RAZ o KRAMER; incluye una concepción aristotélica-hermenéutica¹⁹ (tradicción casi desconocida en el mundo anglosajón) iluminadora de la forma en la cual al *valor*; al *ideal*, se lo conoce verdaderamente en la *práctica*, dentro de un contexto histórico y de tradiciones (aunque sin llegar a afirmar su lugar a la *razón práctica*²⁰); es una extraordinaria crítica a la posición metafilosófica de autores como HART y RAZ que pretenden distinguir entre la visión del teórico del derecho y los participantes de la práctica jurídica, como si fuera que el filósofo del derecho tiene un “punto arquimideano”, en un plano superior, neutral, objetivo, del cual observar al fenómeno jurídico; constituye una resurrección oportuna de un concepto que yacía moribundo, el de la importancia de la “sanción” o “coerción”, en el concepto del derecho, abandonado o minimizado por explicaciones influyentes como la de RAZ; explica el

-
19. Que incluye expresa mención de GADAMER (*Truth and Method*); *Law as a Moral Idea*, ob. cit. págs. 146, 148 y ss.
20. A pesar de que podría explicarse por su querencia a la tradición idealista germana, no deja de llamar la atención la forma en la que SIMMONDS se despega casi obsesivamente de cualquier posición que le acerque siquiera al “*natural law tradition*”, especialmente en su vertiente tomista. Hay una ausencia, y bien grande, en *Law as a Moral Idea*: Tomás de AQUINO y otros pensadores de esta tradición (“AQUINAS” no aparece siquiera en el índice) algo que hubiese permitido al autor demostrar en qué se aleja o acerca su teoría, especialmente, dada la estrecha relación que existe entre sus ideas y argumentos y el “iusnaturalismo” (particularmente el de FINNIS). Lastimosamente, faltó aquí interés en dialogar con esta tradición, que está bien cerca a muchas de sus ideas. Este desinterés –aunque bien cortés– parece confirmarse en la respuesta a los comentarios de FINNIS en SIMMONDS, “Reply: The Nature and Virtue of Law” (2010) 1 *Jurisprudence* 277-293; en casi la mitad de su respuesta se ocupa de HART en realidad, para luego insistir en las diferencias entre la noción de *arquetipo* y de *caso central*, que siguen siendo más aparentes que reales en mi opinión (y, también y en lo que realmente interesa, las del propio FINNIS). No creo que sea injusto reprochar a SIMMONDS que no ha reconocido suficientemente los aportes de *Natural Law and Natural Rights* a la filosofía jurídica contemporánea: de hecho, sería difícil concebir a *Law as a Moral Idea*, tanto en su concepción del derecho como arquetipo, como su fuerte apuesta al ideal moral del *rule of law*, sin el clásico texto finnisiano.

verdadero, y profundo, sentido de la frase críptica según la cual “el derecho está siempre en búsqueda de sí mismo” – “*the law in quest of itself*”, en la feliz frase de FULLER que recuerda SIMMONDS en varias ocasiones²¹; y un largo etcétera.

Este brevísimo recuento no debe llevar a pensar que SIMMONDS tiene razón en todos sus puntos o que ha dicho la “última palabra”: de hecho, la tesis principal del libro es que en una práctica como la jurídica, no puede existir la última palabra nunca –una mejor construcción del arquetipo “derecho”, ajustable conforme a la *praxis* y al desarrollo de las cosas, es siempre necesaria–, porque estamos ante una empresa “en movimiento permanente”, por así decirlo. A lo máximo que cabrá aspirar es a dar un “mejor” concepto de derecho, y el primero en reconocerlo será SIMMONDS: por más críticas que formule a HART, hubiese sido imposible para SIMMONDS escribir *Law as a Moral Idea* sin el beneficio de las enseñanzas y aciertos –y sobre todo errores– de HART. Quizás sea (muy) arriesgado decir que SIMMONDS ha dado el “mejor” concepto de derecho posible que tenemos²², aunque sí cabrá verosímilmente decir que es “mejor” (i.e. más sensato, ajustado, razonable) que muchos otros, incluyendo el hartiano.

-
21. Me resulta imposible de entender cómo este libro, sencillamente brillante, no sea tan conocido o leído. De hecho, buena parte de la teoría dworkiniana del derecho debe –aunque DWORKIN jamás lo hubiera reconocido– tanto a la analogía que existe entre contar una anécdota –una buena historia– y construir un sistema jurídico. Ver Lon FULLER, *Law in Quest of Itself*, Law Book Exchange, N. Jersey, 2012 (1940).
 22. Mi predilección por la visión clásica aristotélica-tomista, permanece: John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, OUP, Oxford, 1980 (traducido magistralmente por Cristóbal ORREGO, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001), particularmente, por incorporar a través del concepto del “bien común” a la noción más rica del “good” y no solo al “right”, como lo hace la tradición kantiana. Creo que el concepto finnisiano además de retener el valor moral del *rule of law* y de la libertad, resulta más rico precisamente al incorporar la idea de un bien que además es común, y al dejar en claro que si bien la virtud político-jurídica de la libertad es valiosa, no es ni por asomo el único o más importante bien moral organizante (ver las observaciones de FINNIS en “Law as Idea, Ideal and Duty”, (2010) *Jurisprudence* 245-251, pág. 250).

V

Sería ocioso decir que no tengo la capacidad (ni el tiempo, por circunstancias coyunturales) para efectuar una reseña de la obra que esté a la altura de la misma, que le haga *justicia*. Afortunadamente, ya existen pensadores de considerable peso como John FINNIS, John GARDNER o Timothy ENDICOTT que le han prestado una debida atención –y levantado algunas preocupaciones y críticas sobre varias tesis del libro, aunque siempre reconociendo los quilates de mérito de la misma–, y a ellos deberé remitir, al menos por ahora, al lector²³.

Aquí sólo haré dos cosas.

En primer lugar, recomendar a toda persona que se considere cultora de la filosofía del derecho que ubique a *Law as a Moral Idea* bien arriba de su pila de libros “pendientes”. Todo aquel que desconozca o ignore los argumentos e ideas expuestas vigorosamente por SIMMONDS y siga haciendo filosofía del derecho en tal docta ignorancia lo hará a su exclusivo riesgo, y para peor de sus reflexiones. No pierda tiempo y lea este libro, apreciado lector. Estoy seguro que me lo agradecerá.

En segundo lugar, sí me gustaría detenerme, aunque sea brevemente, en dos puntos específicos en los que la obra de SIMMONDS resulta extraordinariamente luminosa y que, hay que decirlo, han sido prácticamente ignorados –aunque ello parezca sorprendente– en el ámbito de la teoría del derecho anglosajona. Tratándose de dos cuestiones que son absolutamente centrales para la práctica del derecho, no deja de ser llamativo que no se hubiera escrito mucho sobre ellos, y las páginas de SIMMONDS deberían servir para establecer nuevas líneas de investigación – un nuevo *research programme* en la terminología lakathiana.

¿Cuáles son estos dos puntos sabrosos sobre los que se ocupa SIMMONDS y que quiero mordisquear por unos instantes, para motivar al lector a profundizarlos quizás en el futuro?

23. Ver en este sentido la edición especial de la revista jurídica *Jurisprudence*, dedicado al trabajo de SIMMONDS: *Jurisprudence* (2010) 245 y ss. con los trabajos de ENDICOTT, FINNIS, GARDNER y la respuesta del propio SIMMONDS.

El primero se refiere a un argumento novedoso, verdaderamente ingenioso, en torno al *topoi* seguramente más común de la historia del derecho, a saber, de que es función del juez *hacer justicia*. Para ello, SIMMONDS a su vez pone de pies a cabeza, da vuelta, un tópico positivista hartiano clásico, y otorga así un nuevo –y a mi modo de ver absolutamente convincente– argumento a favor de la posición ortodoxa (pero siempre controvertida y renegada como simple fantasía) de que el juez debe resolver los casos que se le presentan en base a la *justicia*, y no a consideraciones subjetivas, o discrecionales, o arbitrarias, o de preferencia política o simplemente, en base a su opinión personal.

El segundo punto se refiere, para utilizar la jerga de los fanáticos del deporte motor paraguayo, a la apertura de una nueva y emocionante “picada” teórica, para que futuros estudios profundicen sobre una materia que ha sido harto subestimada en la filosofía del derecho, pero que SIMMONDS –correctamente– trata y pone en su debido sitio. Me refiero al lugar central que ocupa la doctrina jurídica, la *doctrinal legal scholarship*, en la construcción del concepto de derecho, y en la práctica jurídica misma. Aquí, de la mano de SIMMONDS, el papel absolutamente menor, casi inexistente, que otorga el positivismo hartiano a la doctrina –la “dogmática jurídica”, en la terminología teutona– queda desnudado como lo que realmente es: un error. En ojos del positivismo que siguió la estela hartiana, de hecho, los juristas, los doctrinarios, los dogmáticos del derecho, son unos ilusos, casi unos tontos, que no se dan cuenta de la realidad de las cosas y necesitan por ello de que los filósofos del derecho le expliquen cuál es la realidad. Una posición que no solo es irrespetuosa, sino equivocada, ya que es en sede de la doctrina jurídica en la que puede notarse, con más fuerza, la absoluta insuficiencia del positivismo como explicación del concepto de derecho, ya que o todas las personas que escriben libros intentando exponer un derecho positivo determinado –de GAYO para abajo– están equivocados, o bien, lo están los filósofos que sostienen a cabo y rabo la cosmovisión jurídica hartiana. Quizás la pobreza de la dogmática jurídica de tinte benthamita –construida sobre la simplista visión del “expositor” y el “censor” y seguida por prácticamente

nadie²⁴ –, hubiese sido suficiente para demostrar este punto con suficiencia, pero más allá de ello, las páginas de SIMMONDS son un bálsamo renovador sobre esta cuestión y ayudan a devolver a su lugar el papel crucial que juega la doctrina en la empresa de creación, mantenimiento y desarrollo del derecho.

Por ello quiero aprovechar esta ocasión no solo para traer a la atención del cultor criollo de la filosofía del derecho esta magnífica obra –seguramente, el único mérito que tiene esta nota–, sino también para reflexionar muy superficialmente sobre estos dos puntos periféricos, pero luminosos, levantados por SIMMONDS en el transcurso de sus páginas dedicadas a entender la idea del derecho como una idea moral. Primeramente, me referiré al lugar de la *doctrinal legal scholarship*, para luego concluir refiriéndome al argumento sumamente ingenioso de SIMMONDS para atar, de modo convincente, al derecho y la justicia.

VI

Un punto secundario, pero importante, sobre el cual *Law as a Moral Idea* echa luz –y mucha–, y que lo diferencia de buena parte de la filosofía del derecho contemporánea, es su correcta insistencia sobre la importancia de la doctrina jurídica para entender la idea misma del derecho. En la tradición anglosajona, se sabe, la tarea de la dogmática jurídica ha sido olvidada, ignorada casi totalmente, por la teoría del derecho. Si bien cabe

24. Es difícil, sino imposible, encontrar, un libro de dogmática jurídica que haya seguido a rajatabla el sistema de BENTHAM, de dividir entre pura y neutral “exposición”, y vigorosa valoración, o “censura” – quizás el mejor (¿peor?) ejemplo sea el de los cultores del análisis económico del derecho. Aunque claro que este ejemplo no es mera coincidencia: su exponente mayor, POSNER, varias veces se ha declarado admirador de BENTHAM. Queda por ver, desde luego, cuánto de puramente descriptivo existe en la “*descriptive part*” del análisis económico del derecho, o si de hecho no entran *valoraciones de contrabando* en la parte puramente expositiva. Yo por mi parte creo que el sueño de una ciencia social puramente neutral en lo descriptivo está enterrado seis pies bajo tierra, y su epitafio es el capítulo I de *Natural Law and Natural Rights* de John FINNIS.

conjeturar que esto puede explicarse por el hecho de ser un derecho tradicionalmente *judicial*, creo que en el fondo hay mucho más que esto: en los modelos influenciados por el positivismo normativista existe un prejuicio en contra de la doctrina, que no tiene un papel *strictu sensu* normativo, y que la desecha de entrada (muy poco cabe decir, desde luego, de la vertiente kelseniana y su caricatura insostenible de la función de la dogmática jurídica²⁵).

SIMMONDS reclama, y otorga, un rol principal a la doctrina jurídica, especialmente en una “*liberal polity*”, en un régimen liberal como el que vivimos en la sociedad contemporánea, en el cual se acentúa todavía más el papel de la reflexión teórica sobre el fenómeno jurídico. Un mérito mayor de la obra es poner de resalto el rol de la dogmática jurídica, la cual difícilmente pueda ser reconciliada con la tradición positivista y su estricta división entre *debe* y *ser*, que parece tan irrenunciable en su teoría como imposible de sostener en la práctica, y su enfoque obsesivo en la legislación como la fuente casi excluyente del derecho²⁶.

Y es que cuando un jurista escribe una obra de dogmática jurídica – un tratado sobre las obligaciones, o sobre derecho de contratos, o sobre derecho penal, y así sucesivamente – el mismo no se limita a hacer una descripción aséptica y neutral de una serie de reglas; por el contrario, intenta darle una sistematicidad, orden, unidad y coherencia a esas re-

-
25. Quizás uno de los puntos menos plausibles de la teoría pura del derecho sea precisamente su forma de concebir la doctrina jurídica: como una serie de proposiciones descriptivas sobre las normas vigentes. No creo que sea necesario apuntar la pobreza que significaría tener una obra jurídica escrita así, porque el problema me parece ser mucho más radical: es *strictu sensu* imposible escribir un libro de derecho –o mejor: uno interesante y útil– que responda fielmente a esta visión, y esto explica que no exista una obra puramente kelseniana de dogmática jurídica. En suma, es, simplemente, imposible hacerlo (además de poco interesante). Distinta valoración merece, sin embargo, la idea de la “imputación” (*Zurechnung*), que puede ser considerada como el aporte más importante de KELSEN a la ciencia jurídica.
26. Esto fue criticado de modo contundente hace cuarenta años por A.W.B. SIMPSON, “The Common Law and Legal Theory”, en AWB SIMPSON (ed.) *Oxford Essays in Jurisprudence*, OUP, Oxford, 1973, a pesar de lo cual su argumento ha sido ignorado prácticamente por los pensadores de tinte positivista.

glas (que *prima facie* no la tienen), de suerte a construir un verdadero sistema (pero ojo: a partir de valores, y no de meros conceptos²⁷) que sea una re-presentación fidedigna de esa rama jurídica. La función del sistema doctrinario así construido no es solo teórica, sino práctica, ya que se busca guiar –al abogado, al estudioso, o al juez– en la resolución de los problemas diarios y, además, mediante el dibujo topográfico de cada rama, puede entregar soluciones para casos concretos, para llenar las lagunas del ordenamiento, y para reconstruirlo racionalmente.

Un ejemplo quizás sirva para ver esto mejor.

Sin dudas Alemania es el país en el cual ha llegado a mayor grado de sofisticación y densidad la dogmática jurídica. Una obra de prestigio reciente –el sistema de derecho administrativo de Eberhard SCHMIDT-ASSMANN²⁸– sirve de botón de muestra para entender los presupuestos de toda obra doctrinaria, sobre todo porque parte de la explicitación de sus asunciones metodológicas en forma clara y transparente desde el inicio mismo de la obra.

La doctrina del derecho administrativo, dice, debe construirse a partir de una “idea ordenadora”²⁹ que busque dar unidad a determinados elementos o piezas aisladamente considerados, construyendo de esta

27. La palabra sistema puede ser peligrosa, pues puede dar pie a entenderla en términos puramente formalistas o conceptualistas –visión del derecho desacreditada luego de su hegemonía decimonónica. La cuestión provocó grandes debates en todos los distintos ordenamientos jurídicos, particularmente en Alemania, al punto de llegar a la crítica total a la idea misma de “sistema” emprendida por VIEHWEG y sus estudios sobre la tónica jurídica; no obstante, a partir de la defensa de CANARIS, re-interpretando en clave sensata la noción de sistema como “conjunto de valores”, se acepta ampliamente la noción de sistema construida sobre valores y principios. Claus-Wilhelm CANARIS, *El Sistema en la Jurisprudencia*, Fundación Cultural del Notariado, 1998 y en general para los términos del debate LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Edit. Ariel, Barcelona, 2001.

28. Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003 (el alemán original es de 1998).

29. Todas las citas que siguen son de este soberbio tratado, páginas 1-3, y 6-9 (se ignora la cuarta función, de la europeización del derecho administrativo, por ser particular al derecho europeo).

manera un “sistema”. El pensamiento sistemático, sostiene el administrativista teutón, tiene como presupuestos las nociones de “orden y unidad”, las cuales a su vez (siguiendo a CANARIS), no son sino una consecuencia de “la tendencia generalizadora que posee la justicia”. La construcción de la visión sistemática es ofrecer una acertada visión de conjunto para lograr una “más profunda comprensión de la lógica a la que responden los efectos y consecuencias de cada fenómeno”. Por esta razón, “la sistematización es algo que viene dado y que ha de hacerse”, es un proceso continuo, en el que cada jurista va aportando su visión e ideas, revisando y construyendo permanentemente. El sistema así construido tiene tres funciones fundamentales:

- (i) la función *práctica*, “como ayuda para la práctica cotidiana de la Administración y los tribunales contenciosos-administrativos, puesto que les descarga de trabajo en la medida que actúa como almacén o depósito, como una suerte de memoria”, ya que no se podrían “organizar o dominar la inmensa cantidad de cuestiones y procedimientos relacionados con los impuestos o las pensiones, si no fuera con referencia o con apoyo en un sistema”, dándose unidad y coherencia así a las normas y procedimientos;
- (ii) la función *dogmática*, que “consiste en resolver y decidir argumentalmente y de modo coherente, por referencia o relación a un sistema, las concretas y singulares cuestiones jurídicas que se suscitan”, de forma tal a que los conceptos generales se pongan a la práctica en la parte especial, y que a su vez los problemas particulares ayuden a una revisión de los conceptos generales, en un proceso de construcción y revisión permanente; y
- (iii) la función *política*, en tanto la sistemática constituye un “instrumento al servicio de la política legislativa”, pues además de ayudar a entender el conjunto de normas y procedimientos y de resolver casos en la práctica, la doctrina pone de manifiesto las contradicción en que pueden incurrir los valores que alimentan al sistema, así como los puntos de mejora, “permitiendo así un razonable progreso del derecho”.

Nótese, incidentalmente, de qué manera el “*príncipe de textos jurídicos paraguayos*”, la obra de derecho administrativo de Salvador VILLAGRA MAFFIODO³⁰, sin explicitar obviamente tales sofisticados presupuestos metodológicos, los sigue sin embargo en forma bastante puntillosa: VILLAGRA se encuentra con la gran cantidad de materiales normativos desordenados del derecho paraguayo, y los somete a una revisión y reordenamiento en base a conceptos fundamentales del derecho administrativo comparado (*función dogmática*), construyendo así por primera vez un verdadero sistema de derecho administrativo para nuestro país, el cual sirve para la resolución de casos prácticos por el juez o abogado, ya que va colmando las lagunas y resolviendo casos concretos en base a su armatoste conceptual-normativo (*función práctica*), dejando en evidencia, y desnudando especialmente en el tiempo en que fue escrito, las distintas necesidades y contradicciones del sistema (*función política*). Todo ello se hace construyendo el sistema no puramente sobre conceptos, sino sobre los valores del derecho administrativo (por algo se intitula a la obra “Principios”), sobre una “idea ordenadora” que, en última instancia, es la justicia.

Esta tarea –la emprendida por la doctrina jurídica–, que ha sido tan importante en la construcción misma de la tradición del *civil law* (también, aunque mucho menor históricamente ha sido su influencia en el *common law*³¹), no tiene cabida en la visión positivista de las cosas. Como denunció FULLER en su momento, quizás el efecto más “represivo” de la tradición filosófica es el ahorcamiento a la idea misma de la doctrina legal³². Por eso, tanto SCHMIDT-ASSMANN como VILLAGRA violan gravemen-

30. S. VILLAGRA MAFFIODO, *Principios de Derecho Administrativo*, El Foro, Asunción, 1981; he escrito a propósito de esta obra un breve homenaje, Roberto MORENO RODRÍGUEZ ALCALÁ, “25 años del Príncipe de Textos Jurídicos Paraguayos”, publicado en el año 2006 en *La Ley Paraguaya*, Asunción, 2006.

31. F. H. LAWSON, *A common lawyer looks at the civil law*, Beacon Press, 1977, incluye un lúcido estudio sobre la influencia de los “institutional writers” en la tradición civilística y su comparación con la anglosajona.

32. FULLER, *The Law in Quest of Itself*, ob. cit. pág. 138.

te la función del “científico del derecho” kelseniano, imbuyendo indebidamente a su tarea de elementos “impuros”, “politizando” de contrabando al derecho administrativo; o bien directamente ni figuran en las páginas hartianas: la doctrina jurídica simplemente no será encontrada ahí. Pero las implicancias de lo que HART escribe son bastante claras: el doctrinario si no se limita a describir el derecho, se encuentra indebidamente moralizando ese objeto neutral, avalorativo, que es el derecho. Cae prisionero de la bruma idealizante, y confunde así su tarea. De ahí que en autores como RAZ el doctrinario jurídico simplemente no entiende lo que está haciendo³³, o bien, cabe conjeturar, se encuentra sujeto a una especie de “falsa conciencia” (¡poniendo la alfombra de bienvenida a no otro que MARX!).

Así, en su afán de permanecer despierto, el pensador de la tradición positivista termina expulsando a buena parte del fenómeno jurídico —la doctrina jurídica— fuera de la idea misma del derecho. Aferrándose a la idea de separar a la moral del derecho, el positivista simplemente empobrece la visión de la realidad. Ante una obra de dogmática jurídica —ante SCHMIDT-ASSMANN o VILLAGRA— el positivista pregunta: “¿esta obra presenta al derecho tal cual es, o bien a tu idea de lo que el derecho debe ser?”. A la primera posibilidad, el jurista podría decir que presentar al derecho “tal cual es” involucra una especie de fraude de su parte o una suerte de omnisciencia que no tiene intención alguna en proclamar. O bien, podría decir que no está simplemente poniendo a consideración una serie de reacciones personales sobre cómo el derecho debe ser, pues puede muy bien pensar que, a un grado no discernible con precisión, que solo ha hecho explícita ideas que estaban ya implícitas en el sistema. Como devastadoramente criticó FULLER hace muchos años, el hecho que el positivismo imponga esta pregunta —de separar nítidamente el *ser* y de *debe*— es algo tan arbitrario como exigirle a un científico que trabaja en un laboratorio que no pueda dar a conocer su descubrimiento a menos que

33. RAZ, *Ethics in the Public Domain*, OUP, Oxford, 1994, especialmente el ensayo “_____”.

pueda decir con precisión matemática cuanto del descubrimiento representa su propio trabajo y cuánto el de sus predecesores y colegas³⁴.

Obviamente, ningún emprendimiento social—ni la ciencia, ni el arte, ni el derecho—podría funcionar y mucho menos progresar con esta limitación.

Quizás sea mejor decir que la ausencia de la doctrina jurídica en las páginas positivistas se deba, precisamente, a un indicio grave de que el intento de separar al derecho de la moral, del derecho que es del que debe de ser, es lisa y llanamente imposible. Resulta insostenible afirmar que quienes hacen doctrina jurídica actúan de alguna manera de mala fe, o bien que son unos ilusos que se auto-engañan en su tarea. Ni SCHMIDT-ASSMANN ni VILLAGRA pueden ser consideradas personas que de contrabando intenten contaminar al derecho administrativo con su propia, o que se limiten a reflexiones absolutamente personales sobre cómo creen que debe ser la materia; más bien, ambos tratan de construir un sistema partir de una idea ordenadora, de un sistema racional, coherente, que presente a la rama del derecho al mismo tiempo tal cual se presenta al intérprete pero también con la semilla de hacia dónde debe ir, mediante los valores y principios que lo alimentan y sirven de sustento, en un ida y vuelta que desdibuja la tajante división benthamita entre el ser y el deber ser. Distinción que es ajena a cualquier obra de dogmática jurídica; al menos, es una empresa doctrinaria que rara vez, o quizás nunca—al menos hasta dónde puedo vislumbrar—, se ha intentado.

Para utilizar una plausible y certera acusación que hizo en un viejo ensayo SIMMONDS, “como sucede con muchos otros aparatos modernos”, el positivismo “parece bueno hasta que uno intenta usarlo”³⁵.

Y quizás, cuando uno abandona el mundo benthamita de la rígida división entre el “expositor” y el “censor”, el *ser y debe*, la visión que sobre esta cuestión ha explicado célebremente Ronald DWORKIN—construyen-

34. FULLER, *The Law in Quest of Itself*, ob. cit. pág. 139.

35. SIMMONDS, “Between Positivism and Idealism” 50 *Cambridge L. J.* 318 (1991), pág. 319.

do, (como es costumbre) sin decirlo, sobre páginas brillantes de FULLER— es la que mejor describe la tarea dogmática del jurista. Incluso, o sobre todo, en el *civil law*, en el sentido de que las proposiciones jurídicas son por esencia de carácter mixto, como el dios romano JANO: incluyen al mismo tiempo una descripción y una evaluación, un juicio de *encaje* con los materiales jurídicos ya existentes en el sistema hasta ese momento (“*fit*”) y un juicio *justificativo* de la mejor interpretación del sistema en base a los valores y principios que lo sustentan o justifican (“*justification*”) ³⁶. Así, la división tajante entre derecho vigente y derecho que debe ser incorporado o modificado resulta mucho más difícil de sostener en la realidad, en la práctica, como lo demuestran desde luego los años de mutabilidad esencial en ramas enteras del derecho civil (piénsese en la responsabilidad civil en Francia, por citar un solo ejemplo evidente) en los cuales hace tiempo el texto en sí es apenas un derecho *pro-puesto* que *puesto* definitivamente. En la realidad, y como consecuencia de ese carácter mixto del juicio jurídico, resulta casi imposible dibujar una línea exacta, instantánea como aquellas viejas fotografías instantáneas “*polaroid*”, que diferencie el derecho vigente del que debe aplicarse en un caso concreto ³⁷.

En esta perspectiva, tiene plena cabida la tendencia idealizante que presenta la dogmática jurídica, que no se limita a presentar al sistema, sino —porque es imposible expugnar al derecho es “elemento ideal” al que refería POUND—, hacer la mejor presentación posible de esa rama jurídica, orientándose sobre sus principios y valores fundamentales ³⁸. Es lo que intentaron hacer, con bastante éxito vale la pena agregar, en Alemania SCHMIDT-ASSMAN y en Paraguay, VILLAGRA MAFFIODO.

36. Esta tesis es defendida extensamente en R. DWORKIN, *Law's Empire*, Hart Publishing, Oxford, 1998, aunque sin recordar que la misma es extraída directamente de FULLER, *The Law in Quest of Itself*, ... ob. cit., pág. 8 y ss.

37. Las sugerentes ideas de la “positividad instantánea” y de derecho “pro-puesto” son del Prof. ANDRÉS OLLERO; ver, e.g. OLLERO, *El derecho en teoría*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2007.

38. POUND, *The Ideal Element in the Law*, Liberty Fund Books, 2002 (sus *Tagore Lectures* dadas en Calcuta en 1948).

No es un mérito menor de *Law as a Moral Idea* el de ser la primera obra en la tradición moderna anglosajona de filosofía del derecho que pone de relieve detenidamente el rol fundamental de la doctrina jurídica en la empresa del derecho, y cómo explica que sólo cuando se entiende que el derecho es una idea esencialmente moral, tiene sentido la tarea que realizan los doctrinarios del derecho. Futuras obras podrán construir sobre los clarividentes hombros de SIMMONDS, captando el *insight* de que el “derecho es un proceso eterno que se adapta a sí mismo a las necesidades de cada día nuevo”³⁹ mediante la concretización y acercamiento al ideal moral al que aspira.

VII

Suficiente sobre el argumento de SIMMONDS sobre el lugar de la doctrina jurídica. Ahora, para terminar esta nota, conviene referirse al ingenioso argumento de SIMMONDS para demostrar que el juez, cuando resuelve el caso, debe hacerlo conforme a la idea de la justicia.

Para entender mejor su argumento, es imperioso volver a HART, ya que *Law as a Moral Idea* construye sobre dicha obra.

Una preocupación que estresaba, para usar un término común en nuestros días, a HART era la tradicional confusión, hasta hermandad, que existía entre el “positivismo jurídico” y el “formalismo jurídico”, al punto que para muchos estábamos en realidad ante un mismo fenómeno⁴⁰. El

39. FULLER, *The Law in Quest of Itself...*, ob. cit., pág. 140.

40. También preocupaba al otro gran positivista, KELSEN, quién otorgó varios argumentos contra el formalismo o conceptualismo jurídico. Así, negaba, por un lado, que la interpretación cognoscitiva del derecho pueda lograr derecho nuevo, en su crítica al *begriffenschule* o jurisprudencia de los conceptos; y, al analizar la interpretación judicial, insiste, más allá de HART incluso, que el juez *siempre* crea derecho, pues “todo acto jurídico... sólo está determinado en parte por el derecho, quedando en parte indeterminado” y “el derecho por aplicar constituye sólo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación” a la que solo adjudica la simple voluntad del juzgador. HANS KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, 2ª Edición, UNAM, México, 1979, págs. 350, 351 y ss. Quizás no se haya insistido lo

positivista era formalista y el formalista positivista, y esto era suficiente para desacreditar de un zarpazo a ambas ideas. En el ámbito continental, del *civil law*, fue Norberto BOBBIO quien mejor identificó a esta tendencia, calificándola –y dándole de paso su certificado de defunción filosófico– como “positivismo legalista”, esto es, aquel peor positivismo que no solo identifica al derecho con la ley, sino también con una aplicación mecánica, formalista, de la misma, que llegó a su apoteosis en la escuela exegética francesa y el conceptualismo alemán del decimonónico⁴¹.

Pues bien: ya en su gran grito de guerra programático –su célebre conferencia de 1957 en Harvard, “*Positivism and the Separation of Laws and Morals*”⁴²– el propio HART vislumbró una posición filosófica (que luego un par de años después tendría una expansión y profundización en *The Concept of Law* por supuesto⁴³) que permitiría exonerar al positivismo de la acusación del “formalismo”, e introducir a su vez un nuevo tópico en la literatura de esta tradición de pensamiento: el de los casos fáciles y los difíciles.

Recordaba HART en este trabajo que un lugar común crítico contra la separación entre el derecho y la moral (i.e. el positivismo), especialmente en los Estados Unidos, era el ataque al “formalismo” o “conceptualismo”, que se habían convertido en un vicio a fines del siglo diecinueve en ese sistema jurídico (agregaría yo: en todos), y que veía esencialmente al juez como una suerte de autómatas o “máquina tragamonedas”. El filósofo

suficiente de que la tesis kelseniana en este punto es extraordinariamente radical y se acerca, incluso, a las sostenidas por los crits. De hecho, esto puede explicar que el más influyente de ellos, DUNCAN KENNEDY, haya escrito un trabajo en el cual conscientemente se desmarca e intenta alejar tanto de HART como de KELSEN, para demostrar que es CLS la verdaderamente radical y que HART y KELSEN son, hasta cierto punto, conservadores: DUNCAN KENNEDY, “A Left Phenomenological Critique of the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation”, en *Legal Reasoning, Collected Papers*, Davies Book Publishers, Aurora, 2008.

41. Norberto BOBBIO, *El positivismo jurídico*, Ediciones ____.
42. H.L.A. HART, “Positivism and the Separation of Laws and Morals” 71 *Harv. L. Rev.* 593 (1958) pág. 593 y ss.
43. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, OUP, Oxford, 1961.

inglés estaba consciente de ello e hizo todo lo posible —con bastante éxito por cierto— para separar a la tradición positivista de la acusación de “formalista”. Para el efecto, recurrió a la filosofía del lenguaje y particularmente a la distinción entre los casos “normales” o “estándar” —el núcleo del significado— y a la metáfora de la “penumbra”, o aquellas instancias en las cuales el lenguaje resultaba vago o incierto y no podía resolver directamente el problema sometido al juez.

El ejemplo, por supuesto, iba a convertirse en uno de los más famosos de la filosofía del derecho, y recordaba la prohibición de ingresar a una plaza con “vehículos”. No habían dudas de que ello se refería a un automóvil que estuviera paseando un domingo, pero: ¿y una ambulancia en caso de un accidentado en el parque? ¿O una bicicleta? ¿Y un *roller skate*?

Dice HART: existen casos que no son dudosos, en los cuales el núcleo del significado de la norma es claro, pero también muchos otros que estaban fuera de ese núcleo normal de significado; a ellos llama “problemas de la penumbra”, y agrega que no estamos ante un fenómeno extraño al derecho sino que ellos —este tipo de casos— “siempre están con nosotros”, son cotidianos.

La conclusión del argumento es conocida:

Si una penumbra de incertidumbre rodea a todas las reglas jurídicas, entonces su aplicación a casos específicos en dicha área de penumbra no puede ser una cuestión de deducción lógica, y por tanto, el razonamiento deductivo, por generaciones visto como el razonamiento humano perfecto, no puede ser el modelo para lo que los jueces, o de hecho cualquier persona, deba hacer a la hora de traer un caso concreto a una regla general. En esta área el ser humano no puede vivir de la mera deducción⁴⁴.

44. HART, “Positivism and the Separation of Laws and Morals”, ob. cit., pág. 607 (no siempre se insiste en que, seguidamente, HART anota una conexión necesaria entre el derecho y la moral en este punto, ya que entonces los jueces deben fallar conforme a la moral, y esto es un rasgo necesario del fenómeno jurídico).

Pero si HART tiene razón, y no es la deducción lógica lo que resuelve los casos en la penumbra –los más interesantes y comunes en la práctica de nuestros tribunales– ¿cómo se resuelven los mismos?

Aquí HART refiere que las “decisiones inteligentes” en estos casos no se hacen en forma mecánica sino –en clara e intencional ruptura con el formalismo jurídico clásico– a la luz de “fines, propósitos y políticas” sociales. En esto, de hecho HART se acerca, o mejor: incorpora, las lecciones del realismo jurídico norteamericano, especialmente, en lo que se refiere al *desiderátum* que los jueces deben tomar sus decisiones en base a visiones que traigan mayor bienestar a la sociedad desde el punto de vista general –las *policies*– pero en cualquier caso, consideraciones extra-jurídicas.

La presentación –harto simplificada– de las ideas de HART, en consecuencia, sería la siguiente: por un lado, en cuanto a los casos normales o estándar, los que están en el “núcleo” de la norma, la solución del caso sería, básicamente, la aplicación directa de la norma, sin demasiados prolegómenos (casos fáciles); en tanto y en cuanto en aquellos casos que se encuentran en la “penumbra”, en los márgenes de la interpretación (casos difíciles), los jueces tienen amplitud de miras, ya que la cuestión no está determinada definitivamente por la norma⁴⁵, por lo que el mismo debe ser resuelto con decisiones “inteligentes”, que tengan en cuenta “fines, propósitos y políticas” sociales⁴⁶.

Posteriormente, en su *Concept of Law*, no variarán demasiado las argumentaciones de HART, aunque sí existe un cambio que tuvo consecuencias importantes. En el libro, HART insistió mucho más en la “discreción”⁴⁷ del juez en estos casos, término prácticamente ausente en el ensa-

45. Aquí desde luego hay una cercanía con la visión kelseniana, aunque éste sea en mi opinión más radical.

46. HART, “Positivism and the Separation of Laws and Morals”, ob. cit., pág. 614: “... it is true that the intelligent decision of penumbral questions is one made not mechanically but in the light of aims, purposes, and policies...”.

47. “The discretion thus left to him by language may be very wide; so that if he applies the rule, the conclusion, even though it may not be arbitrary or irrational, is in effect

yo de 1957⁴⁸, que es mucho más rico en matices en este punto. Esto se ha calificado como una “imprudencia” del iusfilósofo inglés, ya que ha generado varios flancos de críticas a su teoría que quizás hubiesen sido salvados con un lenguaje más matizado⁴⁹.

La literatura que ha generado esta visión hartiana de la adjudicación es inmensa —ha generado su propio e imprevisto programa de investigación, podría decirse— y aquí no es necesario detenerse en ello⁵⁰. Sólo quería presentarla muy elementalmente —en el núcleo de certidumbre se aplican las normas, en la penumbra el juez ejerce su discreción a la luz de las políticas y propósitos aplicables— para luego pasar al ingenioso, inteligente y convincente argumento de SIMMONDS en *Law as a Moral Idea* que pone de cabeza el pensamiento de HART. De esta manera, se abre un camino que permite retornar a visiones clásicas del derecho y la adjudicación, en las cuáles ésta tenía una relación íntima con la *justicia*.

→ *a choice*” (pág. 127); luego que en el “margen de las reglas”, la textura abierta del derecho significa que “*there are, indeed, areas of conduct where much must be left to be developed by courts or officials striking a balance in the light of circumstances, between competing interests which vary in weight from case to case*” (pág. 135); y finalmente “*in every legal system a large and important field is left open for the exercise of discretion by courts and other officials in rendering initially vague standards determinate, in resolving the uncertainties of statutes, or in developing and qualifying rules only broadly communicated by authoritative precedents*” (pág. 136) (todas las citas son de *The Concept of Law*, ob. cit.).

48. En mi conteo personal, aparece solo en una oportunidad, y en otro contexto no relacionado. Este no es un dato menor.
49. John FINNIS, “On Reason and Authority in Law’s Empire”, 6 *Law and Philosophy* 1987 (en la n. 33); la imprudencia es que el énfasis en la palabra desafortunada “discreción”, deja entrever a una “arbitrariedad” del juez, lo que ha sido convenientemente explotado por críticos de HART, particular e influyentemente, por DWORKIN, quien nunca dejó de castigarlo en este punto. Muchos dolores de cabeza se hubiera ahorrado Hart en este sentido si hubiese evitado usar la palabra “discreción” como lo hizo en el ensayo de 1958; ver en este sentido la n. ___ *supra*.
50. La discusión ha sido exotérica a la tradición positivista —en las obras críticas a la empresa hartiana en sí, lo que comienza por supuesto con “The Model of Rules” de DWORKIN de 1968, recogido luego en *Taking Rights Seriously*, Harv. Univ. Press, 1978— y también intensamente esotérica —a partir del clásico trabajo de Neil MAC-CORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon, OUP, 1978— y toda la inmensa literatura generada a partir de dichas críticas internas y externas.

VIII

El argumento de SIMMONDS es tan sencillo como ingenioso: en los casos en los que el juez tiene “discreción”, el mismo debe guiarse no por sus caprichos personales, sino por un estándar moral objetivo e imparcial. En este caso, ese estándar objetivo es la justicia. Y, si el juez en los casos que están en la “penumbra” tiene que basarse en la justicia, también y *a fortiori* tiene que hacerlo en los casos del “núcleo de certidumbre”, ya que no puede trazarse una línea no-arbitraria entre uno y otro tipo de casos. De esta manera, en todos los casos, sean fáciles o difíciles, ordinarios o extraordinarios, *la idea de la justicia, de lo justo*, debe ser la que sirva de inspiración y guía al juez, reconectando de esta manera a la justicia y al derecho —que en la mente gélida de KELSEN parecían haber sido desconectados para siempre— de una manera relativamente sencilla y directa.

En las elocuentes palabras de SIMMONDS: “*la justicia debe ser relevante para todo caso. Los jueces deben, por así decirlo, leer al derecho como un conjunto de textos referidos a la justicia*”⁵¹.

Por tanto: en todo caso, para un juez, los textos jurídicos —sean normativos, doctrinarios, jurisprudenciales, etc.— deben ser interpretados en la matriz o telaraña conceptual de la justicia, la que le da sentido y justifica al mismo tiempo. La conexión entre el derecho y la justicia se restablece así, en forma contundente, en el contexto de una obra moderna, como lo hacían los romanos dos mil años antes (y, por supuesto, la tradición que se fundó y desarrolló sobre dichas ideas hasta el descarriamiento de los últimos doscientos años): “la ciencia divina y humana de los justo y lo injusto”⁵².

Cabe aclarar, sin embargo e inmediatamente, que el argumento de SIMMONDS está contenido en las últimas tres páginas del libro, por lo que

51. SIMMONDS, *Law as a Moral Idea...*, ob. cit., pág. 197.

52. “*Turisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*”, ULPIANO, Digesto 1, 1, 10, 2.

no se trata de una tesis sostenida en forma apodíctica, ni mucho menos, sino que presupone y se construye sobre la gran cantidad de ricas ideas y argumentaciones que defiende el filósofo inglés en las precedentes doscientas páginas.

Obviamente, resulta imposible resumir la en varios sentidos jugosa teoría jurídica de SIMMONDS, aunque sí conviene, para dar quizás un poco más de trasfondo al lector, recordar dos ideas cruciales para la construcción de la conexión ínsita entre el derecho y la justicia: (i) la idea misma del derecho, que en la tradición del pensador inglés ha de ser entendida esencialmente como libertad, como no-dominación arbitraria, y (ii) el valor legal de la fidelidad del derecho, valor que termina re-atando lo legal a lo justo.

IX

Para SIMMONDS, que sigue aquí una estela de pensamiento fuertemente influenciada por la tradición kantiana-hegeliana (aunque hay que agradecer aquí la cortesía del filósofo: sin el alambicado y oscuro aparato conceptual-lingüístico tan característico de esta tradición), el derecho tiene sentido esencialmente al crear espacios de libertad, entendida ésta no en el sentido simple de no-interferencia –*non-interference*, en el sentido inglés, si se quiere–, sino como *no-dominación*, esto es, libertad en el sentido de que la voluntad del sujeto no esté sometida a la voluntad de ningún otro⁵³. Por supuesto que esto lleva al debate entre los distintos tipos de libertad (*negative* y *positive liberty*, la idea republicana de la libertad, etc.), el cual podemos convenientemente omitir aquí⁵⁴, pero lo

53. Una introducción reciente y clara a la teoría jurídica kantiana es la de Arthur RIPSTEIN, *Force and Freedom: Kant's Legal and Political Philosophy*, Harvard UP, 2009.

54. Un tratamiento claro y breve es el de Frank LOVETT, "Republicanism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), forthcoming URL = <http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/republicanism>, que distingue útilmente entre la libertad negativa, la positiva, y la visión republicana

importante es que en la visión de SIMMONDS, el derecho –y su valor esencial, la *legalidad* o *legality*– es el único que asegura a las personas ese ámbito de no-dominación, de libertad de la interferencia arbitraria, al limitar no sólo la actuación de las demás personas sobre dicho ámbito, sino también, el de los gobernantes mediante el *rule of law* o imperio de la ley. En la idea misma del derecho, y su virtud de la *legalidad*, está asegurada la de la *libertad*⁵⁵.

He ahí, por lo demás, el valor *moral* del derecho, la razón por la cual el mismo –contra los pataleos de los positivistas– tiene intrínseca conexión con la moralidad, como una idea moralmente valiosa.

En palabras del politólogo inglés Bernard CRICK, recordando la célebre oración fúnebre de más de dos mil años de PERICLES: “es auto-evidente que no puede existir libertad alguna para nadie sin un orden jurídico”⁵⁶.

Ahora bien, en lo que nos concierne aquí –la idea de que toda sentencia judicial tiene que ser un acto de justicia– la idea de no-dominación juega un rol crucial. Es que, en los casos en los que el derecho “calla”, el juez entonces aplicaría su personal interpretación (su “discreción”, sea arbitraria o no), en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de “dominación”, al menos en el sentido de que los litigantes están sometidos al capricho o voluntad del juez particular que les tocó.

de la libertad. Fundamental también resulta al respecto P. PETTIT, *Republicanism*, OUP, Oxford, 1997.

55. Ese jurista insuperable que fue IHERING vislumbró esto claramente en su perenne *Espíritu del Derecho Romano* –el cual no es recordado en este punto por SIMMONDS–, en la cual sostuvo que la idea misma del derecho (al menos, como la concibe la civilización occidental), tiene su raíz en esta idea fuerte de libertad romana republicana, de no-dominación, en lo que llamó “el sistema de la libertad”: “cada romano podría considerarse, en el rincón de la tierra que le estaba reservado, dueño soberano, al abrigo de todo ataque, y por humilde que fuera, participando en el gobierno del mundo”; IHERING, *El Espíritu del Derecho Romano*, Revista de Occidente, Madrid (2ª Edición, abreviatura), pág. 256. También valdría la pena ahondar en un punto que SIMMONDS desecha: que esto demuestra que la idea de derecho no está fatalmente asociada a una *polis* liberal, vislumbrada como fue la idea en Roma.

56. Bernard CRICK, *Democracy*, OUP, Oxford, 2002, pág. 19.

De aceptarse esta visión —la de los *legal realists*, al menos en su versión menos sofisticada al menos, y también la de los *crits*— efectivamente el derecho sería una pesadilla, ya que un gran número de casos no se definirían por una norma o estándar objetivo, sino más bien por la voluntad o arbitrariedad de una persona; en este caso, de un juez; y en la versión marxista de café, por la clase dominante (encarnada en jueces individuales).

Pero, si se abrazó el concepto de libertad como no-dominación arbitraria, como núcleo de la idea de derecho, por definición debe rechazarse que las decisiones puedan basarse en la mera subjetividad de un agente. Esto lleva, inmediatamente, a la necesidad de que las decisiones se basen en un parámetro objetivo, que vaya más allá de la simple voluntad del agente, para evitar la violación a la idea de no-dominación arbitraria. Y, este parámetro objetivo, imparcial, no arbitrario, para SIMMONDS (y para buena parte de la tradición jurídica de Occidente), es precisamente la *justicia*.

De esta manera, en los casos en los que el juez tiene discreción, en lugar de decidirlo conforme a su capricho o preferencia personal, debe basar su fallo en un estándar objetivo, no-arbitrario, que es el de la *justicia*.

Hasta aquí quizás no hay nada demasiado revolucionario.

Ahora bien: SIMMONDS en este punto aduce, correctamente, que es imposible trazar una línea clara y tajante entre los casos de penumbra y los de certidumbre, ya que esta misma línea sería una línea gris, de penumbra a su vez, y así sucesivamente. Existe una continuidad imborrable entre los casos que van del núcleo de certeza absoluto a los de la penumbra absoluta, y por esta razón no se puede trazar una línea arbitraria que establezca “éstos casos son claros, y no hay discreción, estos grises y hay discreción”. Por esta razón —y aquí resulta lo realmente penetrante en la argumentación de SIMMONDS— no puede existir una diferencia en la forma de tratar uno y otro tipo de caso, ya que en ese caso se trataría de una diferenciación arbitraria, no racional.

La conclusión se impone por necesidad lógica: los casos dentro del núcleo de certidumbre, los casos claros, tienen que ser resueltos de la

misma manera que los que se encuentran en la penumbra, esto es, aplicándosele también la idea de la justicia. De ahí que no solo los casos difíciles, o de penumbra, o los que existe discreción, deban ser juzgados a partir de la idea objetiva y racional de la justicia, sino *todos los casos, punto*.

O, para recordar las palabras del propio SIMMONDS, “*la justicia debe ser relevante para todo caso. Los jueces deben, por así decirlo, leer al derecho como un conjunto de textos referidos a la justicia*”.

En su elegancia y simpleza, el argumento es un espaldarazo a mi modo de ver extraordinario a ideas que en su momento tuvieron prevalencia en nuestra tradición jurídica, aunque los últimos doscientos años hicieron mucho—sobre todo bajo el espíritu de “la sospecha”— para enterrarlas. La verdad, sin embargo, siempre sale a la luz. La justicia y el derecho, mal que le pese a muchos, tienen una conexión ínsita—“la justicia supura por todas partes del derecho”⁵⁷—, y en su elegante argumentación, SIMMONDS—partiendo incluso de algunas premisas de la tradición positivista— deja en claro esta verdad.

X

En este punto, SIMMONDS introduce otra idea, extraordinariamente luminosa, para además demostrar como la idea de que el juez debe “hacer justicia” tampoco debe interpretarse vulgarmente, en forma ligera. Decir que el juez debe ver al derecho mismo construido sobre un tapiz de la idea de lo justo no es dar una licencia sencilla a una suerte de justicia paradi-

57. Escribiendo mordazmente en el aciago año 1938, en épocas en los que el positivismo legalista de alguna manera facilitó las cosas al totalitario, dijo el jurista francés DUPEYROUX: “por más que nuestros positivistas jurídicos quieran proscribir la molesta noción de justicia—terminar con ella, secuestrarla quién sabe dónde, tapar todas las salidas— el carácter teleológico del derecho la reinserta necesariamente en su lugar; se infiltra en cada regla; reaparece en la ejecución o en el rechazo de la ejecución, todo intento de clausura está condenando de antemano al fracaso; supura, si puede decirse así, por todas partes”; citado por Alain SUPROT en su vigoroso *Homo Juridicus*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012, pág. 24.

siaca, al re-entré del *juez cadí*, tan célebremente caracterizado por Max WEBER, según el cual cada juez debe fallar conforme a lo que “a él” le parece justo, correcto, equitativo.

Aquí SIMMONDS re-introduce la noción fulleriana de “fidelidad al derecho”⁵⁸: el juez tiene que ser fiel a la idea misma del derecho y a las normas jurídicas aplicables, no pudiendo libremente descartarlas de acuerdo a su visión personal de lo que es justo. Hacer esto último podría ser justo, quizás, pero no concordaría con el ideal de la legalidad, ni respetaría al derecho como orden institucional.

Pero no solo eso. El valor de la *legalidad* –del imperio de la ley– y el de la *justicia*, en lugar de estar en pugna como tradicionalmente se piensa (o uno o lo otro), sólo pueden concretizarse adecuadamente uno con el otro.

Ello, en primer lugar, porque la pura norma, la pura ley, no puede ser interpretada sino en una matriz de lo que es justo, como “una serie de textos referidos a la justicia”. La norma fría se purifica, por así decirlo, al ser interpretada bajo el prisma del valor justicia, y sólo así el valor de la legalidad alcanza su desarrollo pleno. Y, en segundo lugar, porque la “justicia” es un ideal demasiado abstracto y vago para ser desarrollado en forma autónoma o solitaria, y al contrario, sería imposible hacerlo sin el contexto de trasfondo de un entramado institucional –como el que provee el derecho–, para realmente determinar o concretizar lo que es justo en una determinada situación. De ahí que el entramado institucional del derecho permite “traer a tierra”, por así decirlo, al valor abstracto de la justicia y desarrollarlo plenamente en la realidad⁵⁹.

58. Expresada por primera vez en su célebre debate con HART: Lon FULLER, “Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart”, 71 Harv. L. Rev. 630 (1957).

59. Desde otra tradición ha dicho en certeras palabras Robert P. GEORGE que “for all the romantic appeal of ‘palm tree justice’ or ‘Solomonic judging’, and despite the sometimes decidedly unromantic qualities of living by preordained legal rules, the natural law tradition affirms that justice itself requires that people be governed in accordance with the principles of legality”: Robert P. GEORGE, “Reason, Freedom and the Rule of Law: their Significance in the Natural Law Tradition”, 46 Am. J. Juris. 249 (2001), pág. 249.

De esta forma, ambos valores, el de la *legalidad* y la *justicia*, en lugar de ser lisa y llanamente incompatibles o inconmensurables, en la práctica se complementan para que cada uno pueda llegar a su máximo desarrollo –la legalidad entendida en el trasfondo de la justicia, la justicia desarrollada en el entramado institucional normativo–, de acuerdo a las circunstancias de cada caso. Sin justicia, la legalidad sería pobre cosa; sin la legalidad, la justicia sería un ideal abstracto de difícil, casi imposible, concreción.

XI

De esta forma, SIMMONDS no solo demuestra la íntima conexión entre el valor ideal del *rule of law*, de la legalidad, y la justicia, sino también explica por qué en todos los casos que sean resueltos los jueces deben tener en cuenta como matriz de trasfondo a la justicia. La conexión entre la justicia y la ley es elegantemente re-establecida⁶⁰.

Claro que la acusación inmediata sería, recordando a HART, que SIMMONDS se ha quedado dormido, que está en dulce sueño, y no está despierto, y por eso cree que el derecho es un mar de rosas, en lugar de enfrentar la dura e inhóspita realidad. Pero: ¿es realmente cierta esta acusación? ¿Acaso es mejor acaso decir que el juez tiene “discreción” y contentarse con ello? ¿O decir con KELSEN que el acto judicial es un acto de pura voluntad, de caer en una suerte de voluntarismo jurídico?

¿Es esta última posición realmente la de estar despierto?

60. Una conexión que SIMMONDS no explora entre la justicia y el derecho es la que se da no en la sede concreta del fallo judicial en sí, sino en la general de que las condiciones de sociabilidad del ser humano incluyen ciertas exigencias mínimas de justicia que sólo pueden darse a través de una gobernanza legal. Esta conexión es anterior, lógica y cronológicamente, a la que SIMMONDS apunta, y ha sido destacada reciente y magistralmente por John FINNIS, “Law and what I truly should decide” 48 Am. J. Juris. 107 (2003), págs. 112-116.

Oficialmente, las teorías del derecho de HART y Kelsen son desde luego agnósticas respecto de la verdad/falsedad de los juicios éticos⁶¹. Pero es altamente sintomático que ambos —Kelsen a lo largo de toda su carrera, HART en forma ambigua siempre, hasta que al final en su reseña a *Ethics and the Limits of Philosophy* de BERNARD WILLIAMS lo dejó bien en claro— hubieran sido escépticos o no-cognotivistas en materia moral⁶², y en el fondo, podría conjeturarse con verosimilitud que es ésta la posición que les impide llegar a fondo a posiciones como las de SIMMONDS, a pesar de sus declaraciones oficiales. Claro que si el no-cognotivismo fuera cierto, no tendría sentido afirmar que el juez debe fallar conforme un estándar objetivo —en este caso, la justicia— como lo sostiene SIMMONDS (y una parte importante de la tradición occidental jurídica), ya que en cualquier caso las decisiones judiciales serían simplemente y siempre subjetivas, discrecionales. Su pretensión de ser teorías “más despiertas” —que les da hasta un aire de superioridad moral⁶³— sólo tiene sentido en el marco de una posición de agnosticismo o bien de cognotivismo. Pero, y aquí empieza a caerse la estantería, si los juicios morales (incluyendo los que se refieren a la justicia) tienen objetividad, ¿en qué se gana con afirmar que el juez ejerza un puro acto de voluntad, o de arbitrariedad? ¿Por qué no obligarlo a fallar conforme a ese juicio moral objetivo, por difícil que fuera tornarlo asequible?

-
61. En el sentido que ni la *Teoría Pura del Derecho* ni *El Concepto de Derecho* radican sus argumentos sobre el no-cognotivismo o escepticismo moral, a diferencia de lo que podría predicarse de, por ejemplo, de *Sobre el Derecho y la Justicia* (Eudeba, Buenos Aires, 1963) de ALF ROSS.
 62. HART, “Who Can Tell Right from Wrong”, *New York Review of Books*, Volume 33, Number 12, Julio, 1986.
 63. Un párrafo de FULLER capta brillantemente este aire de superioridad: “... *positivism is the sophisticated view. It alone has “brave things to say”. It alone has purified its truths by a thorough washing in cynical acid. Natural law, on the hand, is a cobwebby illusion, which is either used as a screen for the advancement of selfish interests, or is resorted to in Freudian surrender by souls maladjusted to their environment and unable to look reality in the eye*”: FULLER, *The Law in Quest of Itself...*, ob. cit., pág. 104.

Y: si en verdad la justicia existe, ¿no es “estar más despierto” aceptar que los fallos judiciales deban medirse con este (exigente) estándar, no contestarse con la denuncia sino criticarlos en forma inmanente?

Por esta razón, es válido preguntarse: ¿no es mejor una visión que constriñe al juez, obligándole a fundar sus sentencias sobre normas o estándares objetivos, en este caso, de lo justo —y criticarlo según éste parámetro—, antes que permitirle el acto libre de voluntad, la mera discreción, y contentarse con la estrategia nietzscheana/foucaultiana de tirar un eterno halo de sospecha sobre el derecho, de desmitificarlo permanentemente como fenómeno social?⁶⁴

No puedo dejar de conjeturar aquí que quizás, en el fondo de toda polémica filosófica, se encuentre como decía William JAMES una diferencia de temperamento, de carácter⁶⁵, y es esto lo que explica que existan autores que tienen espíritu “rudo” y por ello no aceptan lo que les resulta una visión “romántica” de las cosas, en tanto otros espíritus, “selectos”, sí pueden hacerlo y abrazar una noción idealista del derecho. El propio HART parecería confirmar esto en esas páginas en las que propone “elegir” entre una concepción más amplia y una más estrecha del derecho, para evitar caer en falsas ilusiones, en mistificar el fenómeno jurídico, elección que parece depender más del temperamento que otra cosa. Lo que nunca nos dice es qué otro tipo de esquema podría asegurar las condiciones básicas de libertad en una sociedad moderna liberal, plural, democrática —esas que defendió encendidamente en sus obras de filosofía política⁶⁶— que no fuera la gobernanza a través del derecho. Ciertamente, en las condiciones de una sociedad moderna pluralista, como la que de-

64. Es éste, en última instancia, y en mi forma de ver las cosas, la conexión más íntima entre el positivismo hartiano y el kelseniano: el ánimo de desmitificar el derecho. Claro que aquí HART, al final de su carrera también, fue incluso más explícito que KELSEN en este punto: HART, “The Dysmitification of the Law” en *Essays on Bentham*, OUP, Oxford, pág. 21 y ss. el cual resulta particularmente y en el cual queda más palpable que nunca el espíritu hartiano desmitificador.

65. William JAMES, *Pragmatismo*, Edit. Alianza, Madrid, 2000.

66. Ver e.g. HART, *Law, Liberty, Morality*, Stanford Univ. Press, 1963.

fendía HART, resulta inconcebible la gobernanza mediante mecanismos de conformidad o presión social, o espontaneas costumbres – mucho menos por unanimidad. Por esta razón, la doctrina positivista, al menos en su vertiente moderna, no solo tienen una tensión interna inherente entre lo que se sostiene en sede “jurídica” y lo que se sostiene en sede “política”, sino que en mi opinión (y por la razón antedicha) está siempre al borde de peligrosamente colapsar en la tradición de la “hermenéutica de la sospecha”, o del *critical legal studies*, dedicándose a deslegitimar o desenmascarar prácticas sociales (como las del derecho) sin considerar las consecuencias (en su lugar, ¿qué?⁶⁷).

No creo que sea injusto sostener esto.

Por ejemplo: un clásico tópico argumentativo *crit*⁶⁸ es justamente que el ideal del “*rule of law*” –la virtud de la *legalidad*– es un espejismo utilizado en las sociedades liberales para disfrazar luchas de poderes entre distintos intereses, por lo que propone –siempre ambiguamente– la vuelta a una sociedad más comunitaria y con sus propias reglas espontáneamente generadas, por consenso de pequeños grupos sociales. Claro que esto es imposible en una sociedad pluralista como la actual, por lo que la propuesta resulta altamente irreal – y, lo que es más importante en el contexto de HART, altamente *iliberal*. De esta forma, muchas veces queda el sabor que efectivamente la posición hartiana queda peligrosa-

67. Y aquí creo que hay una diferencia fundamental entre el espíritu desmitificador de un pensador iluminista, que confiaba ciegamente en la capacidad de la razón de resolver los problemas del mundo, como BENTHAM, de HART, que vivió el siglo veinte y por tanto estaba mucho más atento a las limitaciones (capacidad destructiva en realidad) de esa misma razón. En tanto que BENTHAM buscaba desmitificar al derecho judicial del *common law*, para suplantarlo con el legislativo basado en su doctrina utilitarista, esta vertiente constructiva está ausente en HART, por lo que la desmitificación resulta en una última instancia en una tensión inherente, la cual se siente particularmente en las últimas páginas del ensayo “The Demystification of the Law” (ob. cit., págs. 38 y 39) en las que HART ambiguamente se aferra a una teoría –incompleta y fragmentaria– de derechos humanos (“individual moral rights”), pues no puede aceptar la posición benthamita que veía a dichos derechos como una “tontería mistificante” (*mystifying nonsense*).

68. Roberto UNGER, figura emblemática de los *crits*, explicitó esto en una de sus primeras (y más conocidas) obras, *Law in Modern Society*, Free Press, N. York, 1976.

mente cerca de colapsar en este tipo de argumentaciones, ya que –y esto el libro de SIMMONDS lo deja muy en claro– en una sociedad liberal como la que defiende en filosofía política HART, sólo el derecho puede servir para asegurar dicho ámbito de libertad, el cual sucumbe en caso contrario a una forma de gobernanza iliberal (e.g. comunitarismo).

En otras palabras: el positivista jurídico hartiano, parece en última instancia irreconciliable con e pensador político liberal hartiano, y queda en una suerte de estado de esquizofrenia teórica –“en teoría del derecho digo esto, en filosofía política esto otro”– que es difícil de coexistir⁶⁹.

De ahí que exista siempre una incómoda relación entre la visión positivista “dura” que parece ver en el derecho algo más “inmoral” que “moral”⁷⁰, y la posibilidad política, que no siempre ha sido profundizada, y que en mi opinión desestabiliza en última instancia el delicado malabarismo filosófico que heroicamente fue sostenido por HART hasta el final.

Ahora bien, y sin desechar de plano la hipótesis jamesiana⁷¹, no obstante, creo que existe una diferencia filosófica crucial, que SIMMONDS

69. Quizás, en última instancia, no sea sino un síntoma más de la *malaise* de la modernidad y del hombre moderno.

70. Como todos los ensayos de Leslie GREEN, “Positivism and the Inseparability of Laws and Morals” (83 *New York University Law Review* 1035) resulta en este punto sumamente provocador. En el mismo, va más allá de vislumbrar la mera posibilidad de riesgos insitos a la legalidad o de abusos a la práctica jurídica, y acusa a FULLER (y *per sequitur*, a SIMMONDS), de no tomar en serio la posibilidad de la “inmoralidad” del derecho, esto es, la posibilidad de que el carácter moral del derecho radique en que el derecho sea algo malo antes que bueno. Recuerda como una “profunda verdad” el conocido y sarcástico epigrama de Grant GILMORE: “*En el cielo, no habrá derecho, y el león se acostará plácidamente al lado del cordero... el infierno, sólo se regirá por el derecho, y el debido proceso será estrictamente aplicado*” (ver pág. 1052, et seq.). Pero toda la argumentación de GREEN pende sobre ideas no elaboradas de “otros métodos de gobernanza” en una sociedad “más pequeña” (como las imaginadas por ARISTÓTELES o ROUSSEAU – no precisamente paradigmas de un liberalismo pluralista y democrático), o “más simples”. Esto parece reforzar la crítica de que existe una tensión extraordinaria entre lo que un positivista afirma en el derecho, y su visión política teórica, y hace de que la imputación de que subyace en el fondo un nihilismo jurídico sea quizás fuerte, pero no injustificada.

71. Que la decisión hartiana pende en última instancia en una cuestión de temperamento es algo que ha sido apuntado más de una vez; por ejemplo, William TWINING

—como lo había hecho en otra tradición filosófica John FINNIS treinta años antes— deja en claro: la mejor forma de corregir las potencialidades de abusos mistificantes de la práctica jurídica, que ciertamente existen, es mediante una “crítica inmanente”, desde adentro por así decirlo, antes que a través de una postura desmitificatoria externa y *tout court*. Sólo al concebir a la idea de derecho como un “arquetipo”, o como un “concepto analógico”, es posible efectuar esto, y en este punto, la conexión entre el derecho y la moral llegará más tarde o más temprano, pero llegará. Desde esta óptica, el pensador que acepta esta conexión ínsita, no necesariamente está condenado a estar soñando, sino que incluso puede sostener que está todavía más despierto que el agnóstico hartiano porque está mejor preparado para apuntar los excesos e injusticias del sistema.

XII

Pero ya es suficiente por ahora, estoy excediendo con creces los límites de esta breve nota, que solo buscaba llamar la atención del auditorio paraguayo sobre una obra importante.

En efecto: *Law as a Moral Idea* de Nigel SIMMONDS es, sin lugar a dudas, una contribución mayor y permanente al debate perenne sobre el derecho y la justicia. Podrán discutirse muchas de las ideas de SIMMONDS, incluso algunos aspectos centrales de su enfoque. Lo que no puede negarse es que otorga una artillería de ideas lúcidas y profundas sobre el fenómeno jurídico, y que sobre todo permite luchar contra la tesis autocongratulatoria de que sólo es posible filosofar “despierto” en el marco de una tradición filosófica (en este caso, la del positivismo). Como deja en claro la obra de SIMMONDS, es posible filosofar despierto —realmente despierto— sobre el derecho, concibiéndolo no como un instrumento neutral

→ (que fue alumno y tuvo contacto personal con HART durante años): “*Hart’s positivism was at least as much an attitude as a philosophical position*”, actitud que radicaba en un desapego frío hacia el derecho, razón por la cual HART se consideraba un positivista “duro”: William TWINING, “Schauer on Hart”, pág. 125.

sino como una idea intrínsecamente moral, sin por ello caer en una mistificación del fenómeno que nuble la visión, al someterla a una crítica *inmanente y permanente*.

No es un logro menor.

Palabra claves: filosofía del derecho

Keywords: *law philosophy*