

LA DISPUTA ENTRE POSITIVISMO EXCLUYENTE E INCLUYENTE DESDE UNA PERSPECTIVA NEOKANTIANA-KELSENIANA

An Analysis of the Dispute between Exclusive and Inclusive Legal Positivism from a Neokantian-Kelsenian Perspective

Mario García Berger*

Resumen

El propósito central de este ensayo es mostrar que el debate actual entre el positivismo excluyente y el incluyente se alimenta de, al menos, tres ideas equivocadas acerca de la relación entre el lenguaje jurídico y el moral, la vinculación entre la ciencia y la práctica del derecho y la concepción de lo que es una ciencia normativa. Expuestos estos errores, esbozo una propuesta para entender estas relaciones, fundada en la concepción neokantiana-kelseniana de la ciencia jurídica. De esta doctrina derivó que el lenguaje jurídico y la ciencia del derecho son, respectivamente, el fundamento conceptual del discurso moral y de la práctica jurídica. Asimismo, rechazo la definición que ve en el carácter normativo de la ciencia jurídica la presencia de juicios de valor. En consecuencia, el debate entre el positivismo incluyente y el excluyente debe ser abandonado o, al menos, reformulado.

Palabras clave

positivismo, derecho, moral, normativismo, ciencia jurídica, neokantismo, jurisprudencia kelseniana, práctica jurídica, juicios de valor, esquemas conceptuales

Abstract

The core purpose of this paper is to show that the exclusive-inclusive legal positivism debate is based on at least three erroneous ideas about the relation between legal and moral language, the relations between legal theory and legal practice, and the understanding of what a normative science is. Then, assuming the Neokantian-Kelsenian conception of jurisprudence, I propose the thesis that the legal language and the theory of law are, respectively, the conceptual foundations

Mario García Berger, *Universidad Autónoma de la Ciudad de México*. Correspondencia: C/ Prol. San Isidro, 151, San Lorenzo Tezonco, Iztapalapa, 09790, México, D. F. mgberger@live.com.

* Quisiera agradecer a los dos dictaminadores que leyeron este trabajo por sus sugerencias para hacer más claras mis posiciones y argumentos.

of moral language and legal practice. I also reject the idea that normative sciences embrace value-judgments. As a consequence, the debate between inclusive and exclusive legal positivism must be abandoned or, at the least, recasted.

Keywords

positivism, law, morals, normativism, legal science, Neokantism, Kelsenian jurisprudence, legal practice, value-judgments, conceptual schemes

I. Introducción

En años recientes hemos presenciado el surgimiento de discusiones que, no obstante parecer de nuevo cuño, versan en buena medida sobre temas que tienen una larga historia. Un claro ejemplo es el debate, en el seno de la tradición positivista, entre sus versiones incluyente y excluyente. Esta polémica se desenvuelve alrededor de la relación entre el derecho y la moral, aunque ahora se formula en términos distintos a los originales, cuando fue el punto de batalla entre el positivismo tradicional y la doctrina del derecho natural.

El objetivo de este ensayo no es hacer una contribución más a esta discusión, aportar un nuevo argumento, matizar una idea o proporcionar un contraejemplo. Su propósito es mostrar que las estrategias argumentativas empleadas por los participantes se sustentan en concepciones erróneas de la relación entre el lenguaje jurídico y el moral, entre la ciencia y la práctica del derecho, así como de lo que es una ciencia normativa. En este sentido, las tesis que defenderé son de inspiración neokantiana y kelseniana, las cuales apuntan a que, por un lado, el desacuerdo entre positivistas excluyentes e incluyentes acerca del papel de la incorporación de términos morales en el derecho debe ser abandonado, o al menos reformulado, y por la otra, a que sólo contingentemente los sistemas de creencias morales influyen los procesos de creación y aplicación normativa, por lo que este hecho no tiene relevancia para la consideración teórica que la ciencia jurídica hace de su objeto de estudio.

La ruta que seguiré es la siguiente: primero expondré la distinción kelseniana, de origen neokantiano, entre ciencias de la naturaleza (*Naturwissenschaften*) y ciencias culturales (*Kulturwissenschaften*), a fin de caracterizar al derecho y a la moral como fenómenos culturales que se expresan en lenguaje normativo. Después abordaré la relación entre el discurso jurídico y el moral, para lo cual me serviré de las ideas de Hermann Cohen, fundador de la escuela neokantiana de Marburgo, y del profesor Guiller-

mo Héctor Rodríguez, quien expuso y desarrolló en México la filosofía de este movimiento que se propuso volver al espíritu de las doctrinas kantianas, para aplicarlas donde el filósofo de Königsberg había dejado inconclusa su tarea, a las ciencias de la cultura. En tercer lugar exploro el vínculo entre la ciencia y el ejercicio del derecho, ya que una de las estrategias argumentativas en el debate entre positivistas incluyentes y excluyentes ha sido recurrir a la práctica de los operadores jurídicos (abogados, jueces, legisladores, funcionarios públicos, etcétera), para de ahí sacar conclusiones sobre el significado de los conceptos de la ciencia jurídica. En su momento, mostraré que tal estrategia es equivocada, pues la forma en que estos operadores conciben su labor no es relevante para definir las categorías jurídicas. Sostendré que la relación es a la inversa: es la ciencia del derecho la que permite interpretar jurídicamente el quehacer de quienes defienden a un acusado, dictan una sentencia, aprueban una ley o aplican un reglamento. A continuación me ocupo del tema de si en la ciencia del derecho los juicios de valor desempeñan alguna función, lo cual conduce a la pregunta de cómo elegir entre varios esquemas disponibles que pretenden dar cuenta de un mismo campo de fenómenos.

II. Ciencias de la naturaleza (*Naturwissenschaften*) y ciencias culturales (*Kulturwissenschaften*)

La distinción entre estos dos tipos de ciencia tiene su origen en el movimiento neokantiano del siglo XIX, el cual sostenía que la totalidad del conocimiento humano se situaba en una de estas dos esferas. Se afirmaba que si las primeras estudiaban los fenómenos naturales, las segundas se abocaban a la explicación de los productos culturales del hombre, entre los que destacaban el derecho y la moral. Esta escuela de pensamiento se propuso completar la tarea que Kant había iniciado con su crítica de la razón pura: se trataba ahora de deducir las categorías que hacen posible las ciencias culturales, y muy señaladamente, la ciencia jurídica.

Kelsen retoma esta distinción y afirma que la diferencia entre ambas clases de ciencia reside principalmente en su método, en el principio explicativo que emplean para dar cuenta de sus respectivos objetos de estudio. De la misma manera en que el principio de causalidad hace posible la interpretación, no metafísica, de los fenómenos desestructurados dados a nuestros sentidos, en forma de un todo ordenado con base en leyes causales, así el principio de imputación, cuyo fundamento último es la norma básica, permite interpretar, sin recurrir a autoridades meta-jurídicas,

el sentido subjetivo de ciertos actos como un sistema de normas objetivamente válidas (Kelsen, 1991).

Las normas del derecho se formulan mediante términos normativos como “obligación”, “derecho” y “deber”; pero si también en la moral se usan este tipo de nociones, ¿qué relación existe entre sus respectivos lenguajes?, ¿hay alguna clase de prioridad entre ellos? Esta pregunta puede entenderse en dos sentidos. En uno, la prioridad es temporal, lo que interesa saber es cuál de estos lenguajes nació primero. El otro sentido es conceptual o epistemológico, se refiere a una preeminencia explicativa, es decir, desde la perspectiva de la fundamentación teórica. Si sostenemos que la obligación jurídica tiene prioridad conceptual sobre la de tipo moral, entonces aquélla es fundamento de ésta. La noción moral sería así parasítica de la jurídica, porque su existencia depende de ella. La posición que adoptaré es que la preeminencia del lenguaje jurídico sobre el moral es de este segundo tipo.

III. La ética neokantiana

Ahora veamos la concepción de la ciencia jurídica que sostuvo el neokantismo de Marburgo y el fundamental papel que le asignó en la comprensión del mundo social. Hermann Cohen, fundador, junto con Paul Natorp de esta escuela, afirmaba, alentado por el espíritu kantiano de que la filosofía debía esclarecer las condiciones de posibilidad del conocimiento, que el objeto de estudio (*factum*) de la ética trascendental no podía ser otro que la ciencia del derecho. Ésta era la matemática de las ciencias del espíritu (*Geisteswissenschaften*), en virtud de que los conceptos jurídicos son los que permiten la explicación del mundo social. En el ámbito de los fenómenos naturales, la matemática hace posible subsumir en leyes el conjunto caótico de percepciones sensibles que se presentan ante nosotros, para construir conceptualmente la naturaleza como un sistema de regularidades causales. De forma similar, las categorías ético-jurídicas son las condiciones de posibilidad de la comprensión de la esfera social, objeto de las ciencias culturales (Cohen, 2002).

En México, en los años setenta, las tesis del neokantismo marburgués fueron propagadas y defendidas por un grupo de filósofos unidos alrededor de la figura del profesor Guillermo Héctor Rodríguez, catedrático de las facultades de filosofía y de derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. En una época en que el iusnaturalismo y el marxismo predominaban en esos centros académicos, los amigos de la filosofía crítica

ca, como solían llamarse a sí mismos, defendieron la lectura que de Kant hizo la escuela de Marburgo y explicaron la teoría pura del derecho sobre la base del método trascendental kantiano. El gran aporte de Kelsen habría consistido en aplicar este método a la teoría del derecho o teoría dogmática. Si Kant dedujo las condiciones *a priori* de posibilidad de las ciencias naturales de fundamento matemático, Kelsen había realizado una tarea similar para las ciencias normativas, explicando así cómo es posible el conocimiento de los fenómenos sociales.

Decía el profesor Rodríguez, siguiendo en esto a Rudolf Stammler, que sólo en el seno de una comunidad jurídicamente regulada son posibles los medios y los fines, es decir, la postulación de valores y de caminos para alcanzarlos, pues fuera de ella no hay más que individuos aislados cuyas acciones son causas y efectos, fenómenos naturales susceptibles de ser matematizados y expresados en leyes. Si el sello distintivo del mundo social es el enlace entre medios y fines, y no el causal, entonces las ciencias culturales presuponen las categorías jurídicas, es decir, la interpretación de los actos humanos en términos de obligaciones, responsabilidades, delitos, sanciones, etcétera, dado que dicho enlace sólo puede darse ahí donde hay regulación jurídica (Rodríguez, 1947). Pero, ¿en qué sentido se afirma que la teoría jurídica hace posible el surgimiento del mundo social?, ¿por qué los conceptos jurídicos han de tener preeminencia sobre las categorías, por ejemplo, de la economía, la ciencia política o la sociología? Ensayemos una posible respuesta.

Tomemos el caso de la economía, en este terreno la descripción de los fenómenos económicos requiere de conceptos jurídicos, “bienes”, “ganancia”, “trabajo”, “capital”, “crédito”, “tasa de interés”, entre otros. Sin ellos no podrían plantearse preguntas sobre la forma más eficiente de crear y distribuir la riqueza, los intereses que es justo cobrar sobre los préstamos otorgados a las empresas por las instituciones bancarias, o la relación que debe existir entre salarios e inflación. Cuando el marxismo establece que el modo de producción determina las relaciones sociales de producción, hace uso de nociones jurídicas, pues conceptos como “capital” y “salario” forman parte del derecho. De manera similar, la teoría económica actual habla de la interacción entre oferta y demanda en un sistema de competencia perfecta, empleando nociones jurídicas como “servicios”, “transacción comercial” y “precio”. Ahora bien, podría argumentarse que los conceptos señalados tienen su origen en la ciencia económica, que ésta explica, por ejemplo, la inflación y sus leyes. Si bien esto es cierto, creo que el sentido de la tesis de los neokantianos mexicanos era que sólo cuando estas nociones quedan incorporadas al derecho pueden regular los actos humanos y

dar lugar al mundo de las actividades económicas, ya que sólo mediante la interpretación jurídica es posible calificar ciertos actos como una transacción comercial o la adquisición de un crédito. Asimismo, qué sea una institución bancaria, un contrato, un bien inmueble o un impuesto queda definido en el derecho.

Por su parte, la ciencia política se plantea interrogantes en torno a las ventajas e inconvenientes del financiamiento privado de campañas electorales en un sistema de democracia partidista, al peso de los medios de comunicación en la orientación del voto popular, o las dificultades para generar acuerdos congresionales en los sistemas presidencialistas cuando el partido gobernante no tiene la mayoría absoluta de la representación popular. La formulación de estos problemas presupone categorías jurídicas: “democracia”, “representación popular”, “financiamiento electoral”, “medios de comunicación”, etcétera. Es cierto que en la teoría política existen distintas concepciones de la democracia abiertas a debate, pero su definición jurídica es la que hace posible establecer, por ejemplo, cuándo un acto es la emisión de un voto o una campaña de proselitismo. El mundo de los hechos políticos presupone el lenguaje jurídico, pues sin él no podríamos hablar de una manifestación política, de una huelga en contra de la contención salarial, del voto de castigo hacia un gobierno o de crisis de seguridad, pues estos fenómenos suponen el derecho a la manifestación, a la huelga, al voto o las responsabilidades de los cuerpos de seguridad y de administración de justicia, que son conceptos jurídicos.

La sociología se erige sobre la noción jurídica de sociedad, pues aquí asumimos, con Kelsen, que ésta es una comunidad legalmente regulada. A partir de este concepto y del de persona jurídica, dicha disciplina plantea, por ejemplo, problemas relativos a las relaciones de conflicto entre los individuos de un grupo. Es claro que estos fenómenos sólo pueden darse entre personas de derecho, porque todo conflicto es, en último análisis, una contraposición entre actos de individuos así caracterizados. Únicamente entre personas entendidas a manera de centros de imputación de derechos y obligaciones tiene sentido hablar de contraposición, digamos, de los intereses de los cónyuges en un matrimonio, de los hermanos en una familia, o de los socios de una compañía. Entre los hombres *qua* seres vivos, pertenecientes al mundo natural, no se dan conflictos, sino relaciones causales.

IV. La relación entre el lenguaje jurídico y el lenguaje moral

¿Tienen los conceptos jurídicos y sus equivalentes morales los mismos significados? Veamos la noción de “deber”, la cual aparece en el derecho y en la moral. La pregunta es si expresiones del tipo: “debes hacer tu tarea” y “el juez debe aplicar una sanción al infractor”, significan lo mismo. Los ejemplos pueden multiplicarse para incluir conceptos como “derecho”, “obligación”, “responsabilidad” y “culpabilidad”, y términos referidos a principios: “libertad”, “igualdad”, “fraternidad”, entre otros.

Tony Honoré señala que el positivismo ha girado en torno a dos problemas fundamentales: cómo identificamos el derecho y de qué manera se relaciona con la moral. Del primero dice Honoré que, para el positivismo, la determinación de lo que es derecho tiene que ver con ciertos hechos sociales, con la existencia de criterios compartidos de acuerdo a los cuales, para ponerlo en terminología kelseniana, un conjunto de actos de voluntad son interpretados en forma de normas jurídicas. La segunda interrogante la contesta el positivismo afirmando que ninguna ley o sistema de derecho, identificada mediante los criterios sociales relevantes, pierde su calidad jurídica por ser moralmente indefendible. Así, la tesis de la relación entre el derecho y la moral se sigue de la concepción sobre la identificación del derecho. Si, por ejemplo, una sentencia es obligatoria porque ha sido dictada por una autoridad socialmente reconocida como competente para emitirla, entonces, por más que sea indefendible desde un punto de vista moral, ello no disminuye un ápice su juridicidad. En su forma extrema, esta idea sostiene que términos como “correcto”, “deber” y “obligación” no significan lo mismo en el derecho que en la moral. Una autoridad (*law-giver*) que prescribe obligaciones y otorga derechos no pretende fundar sus determinaciones en razones morales (Honoré, 2002).

El autor piensa que esta tesis es falsa y critica a Hart, para quien los derechos, deberes y obligaciones tenían un significado más fuerte en el ámbito jurídico que en el moral. Su argumentación es que esta idea no distingue entre el punto de vista de los ciudadanos y el de la autoridad, y tiene en mente sólo el primero cuando define los conceptos jurídicos. Para los ciudadanos, nos dice, el derecho no significa lo mismo que para las autoridades. Si una persona quiere obedecer el derecho, las normas del sistema le dicen qué hacer. Para este individuo las leyes serán obligatorias condicionalmente, es decir, sólo en caso de que su intención sea apegarse al orden jurídico. Pero, en muchas ocasiones, el sentido de las leyes es una de las razones, entre varias, que tomamos en consideración para decidir nuestras acciones. Así, desde la perspectiva del ciudadano sujeto a las normas,

el derecho proporciona imperativos hipotéticos, no categóricos, para actuar, pues éstos pueden ser rebasados por razones morales o prudenciales, como sucede cuando alguien va en contra de las normas de un sistema que considera totalmente injusto, o decide acatarlas por temor a las sanciones.

Que esta sea la perspectiva del ciudadano no significa, dice Honoré, que en sí una obligación jurídica consista sólo en una razón hipotética para actuar. El derecho debe definirse desde el punto de vista de la autoridad. Las normas de un órgano competente establecen categóricamente lo que se debe hacer, en tanto excluyen cualquier otra consideración para la acción aparte del contenido de las normas, pues de lo contrario sus mandatos serían fútiles, carentes de fuerza para obligar. En ese caso sólo serían obligatorios para quienes decidieran conducirse apegados al derecho. Pero, ¿de qué manera los dictados de una autoridad pueden ser razones excluyentes para actuar? Ello es posible porque poseen una carga moral, porque establecen que debemos hacer X dado que X es moralmente correcto. Por esta razón, afirma el autor, los términos normativos no pueden tener significados diferentes en el derecho y en la moral.

Honoré apuntala su conclusión con una tesis empírica. Sería raro, a la luz de la historia de nociones como “derecho”, “deber” y “obligación”, que éstas tuvieran significados diferentes en el derecho y en la moral. Recurriendo a su origen en el derecho romano, afirma:

Estos términos derivan del derecho romano (*ius, debitum, obligatio*), el sistema que concibió, por primera vez, el derecho como un balance entre los derechos y las obligaciones que los individuos tienen unos con otros y respecto al Estado. Desde este contexto jurídico, dichas nociones se extendieron, por analogía, al discurso moral, de forma que ahora los filósofos morales hablan de “deberes morales”, “obligaciones morales” y “derechos morales”. Sería extraño pensar que este cambio de contexto trajo consigo una modificación de significado, y lo es todavía más, que esta transformación haya sido de una connotación jurídica débil a un sentido moral fuerte (Honoré, 2002, p. 491, la traducción es mía).

Si significan lo mismo, ¿en qué se distinguen los deberes y los derechos jurídicos de los morales? Se sostiene que no es una división semántica, sino entre deberes y derechos formales, reconocidos institucionalmente, y sus equivalentes informales no institucionales. Pero si no son parte

del orden jurídico, del entramado de sus instituciones, en qué sentido se dice que hay obligaciones morales. La respuesta es que cuando usamos estas nociones debemos considerarlas como si formaran parte del sistema jurídico. Al afirmar que un padre tiene la obligación de apoyar a la madre de su hijo, queremos decir que, aunque no esté obligado legalmente, debe actuar como si lo estuviera. La conclusión es que: “los derechos y las obligaciones morales se sostienen por sí mismos, pero el significado de los términos ‘derecho moral’ y ‘obligación moral’ es parasítico del modelo jurídico del cual derivan históricamente” (Honoré, 2002, p. 491). Tenemos entonces que, para Honoré, el lenguaje moral proviene y se fundamenta en el jurídico; sin embargo, su idea de que la obligatoriedad del derecho se basa en su fuerza excluyente parece contradecir lo anterior. Que una norma obliga porque es correcta significa que el deber ser jurídico tiene su fundamento en el deber ser moral, lo cual es inconsistente con la prioridad conceptual del discurso jurídico.

Al abordar el debate entre el positivismo excluyente e incluyente, Dan Priel sostiene que el significado que una sociedad le asigna a términos morales como “igualdad”, “equidad” o “justicia”, está estrechamente vinculado con su sentido jurídico, lo que se explica por que los procedimientos para la selección y capacitación de los jueces tienden a garantizar que sus opiniones no se aparten demasiado de las convicciones sociales prevalentes. Además, el hecho de que éstos sean miembros de la sociedad en cuestión asegura de antemano cierto grado, aunque sea mínimo, de concordancia. Por otra parte, es común que en el derecho haya mecanismos jurídicos y extra jurídicos que garantizan un nivel considerable de coincidencia en el significado que en éste se les da a las nociones morales vagas. Entre los primeros está la estructura jerárquica de las cortes o juzgados, además de la fuerza obligatoria de los precedentes. De los segundos, los más importantes son los procesos de socialización que conducen a una importante convergencia semántica dentro de las sociedades. Sin embargo, es equivocado pensar que el significado legal de los términos morales es idéntico, o incluso similar, a su sentido social, porque el lenguaje del derecho posee una lógica independiente de la de los otros discursos políticos. Priel afirma que los dos significados tienden al equilibrio, sea porque su connotación social se aproxime a la jurídica o viceversa. Pero, en cualquier caso, el significado legal siempre tendrá peculiaridades únicas (Priel, 2005).

El autor piensa que el debate entre positivistas excluyentes e incluyentes sobre la relación entre el derecho y la moral es una falsa discusión que debe ser abandonada. Para los primeros, cuando en el derecho hablamos

de criterios morales se hace referencia a estándares de conducta situados más allá del orden jurídico, ya que es imposible incorporarlos conceptualmente a éste. En cambio, para los segundos, dichos patrones sí pueden ser parte del sistema legal. En su opinión, ambas posiciones se levantan sobre una falsa asunción: si en el derecho aparecen palabras como “justicia”, “igualdad” e “imparcialidad”, ellas refieren a los conceptos morales de justicia, igualdad e imparcialidad. En sentido contrario, dice que estas palabras, al estar en un texto legal, hacen referencia a conceptos jurídicos que si bien tienen frecuentemente una relación cercana con sus equivalentes morales, son lógicamente independientes de ellos. Esto, afirma, tiene que ver con que tales nociones se refieren a patrones de comportamiento que se asumen como correctos, mientras que, podría añadirse, el significado de estos términos, al ser incorporados al derecho, queda fijado en el propio orden jurídico.

La conclusión de Priel es que para que el debate entre los dos tipos de positivismo pueda incluso ponerse en marcha, es necesario probar que realmente existen pautas correctas de conducta, pues de otro modo ni siquiera hay tema de discusión. Mientras tanto, parece sensato asumir que, aún si hubiese dichos criterios, es claro que no los conocemos y es dudoso que algún día lo hagamos. Así, del hecho de que en el discurso jurídico aparezcan términos morales no se sigue que tengan una significación moral. Esto se refuerza con el análisis que hace el autor de la práctica jurídica, en la cual observa que estos términos se refieren a conceptos jurídicos. Y, en todo caso, las coincidencias de significado entre las nociones morales y jurídicas se explican, como veíamos, por factores contingentes.

V. La relación entre la teoría y la práctica jurídicas

Detrás de algunos de los argumentos ofrecidos en la polémica positivista sobre la relación entre el derecho y la moral, podemos ubicar la idea de que entre la teoría y la práctica jurídicas existe una cierta dinámica que el científico del derecho debe tener en mente a la hora de elaborar sus concepciones. En esta sección me propongo mostrar que esta idea es equivocada, para lo cual asumiré, en sus líneas generales, la concepción de la ciencia jurídica que mantuvieron los filósofos neokantianos de la escuela de Marburgo y que Kelsen compartió en buena medida.

Siguiendo con el análisis del texto de Dan Priel, en él se afirma que al teorizar sobre los fenómenos sociales es de suma importancia mantenernos en contacto con su práctica real, con lo que acontece en los hechos.

Uno puede siempre estipular una definición de derecho y luego determinar si ciertos fenómenos en el mundo se adecuan o no a ella. No hay nada por lo cual yo no pueda limitar la definición de derecho a lo que hacen los jueces de lunes a miércoles y a los actos del Parlamento entre jueves y viernes. Todo lo demás que pretendiera ser derecho tendría con él sólo un parecido superficial, pero no lo sería realmente. Pero si queremos explicar los conceptos usados por quienes no son filósofos para describir fenómenos sociales, debemos fijarnos en cómo el hombre común y corriente los emplea (Priel, 2005, p. 695, la traducción es mía).

Para el autor, el positivismo incluyente y el excluyente no ponen suficiente atención en el uso práctico del lenguaje jurídico, pues si bien con frecuencia se emplean términos morales, de ello no se sigue que los participantes se refieran a conceptos morales. De hecho, afirma, en la práctica cotidiana (no filosófica), del lenguaje jurídico, los hablantes no emplean dichas nociones con ese sentido. De esto parece desprenderse el siguiente escenario: por una parte, los filósofos y teóricos del derecho suelen hacer un uso especializado de las nociones jurídicas, por la otra, todas las demás personas, abogados, jueces, funcionarios públicos o simples ciudadanos, las emplean de forma distinta, por lo que los significados que surgen de esta práctica no coinciden necesariamente con el sentido que tales términos tienen en el discurso teórico.

La pregunta que debemos hacernos es si la teoría, o la práctica, establecen los significados de las nociones jurídicas. Priel parece decir que es la práctica, pues señala que si nuestro objetivo es esclarecer cómo los usuarios del lenguaje explican los fenómenos sociales, debemos poner atención en la forma en que ellos emplean estos conceptos. Pero, ¿qué pasaría si lo que nos interesara fuera dilucidar el significado “teórico” de los términos jurídicos?, ¿deberíamos poner la mirada en las explicaciones de los filósofos del derecho? Preguntas similares pueden hacerse en todos los campos del conocimiento: ¿quién establece el sentido de los conceptos físicos, químicos, biológicos o psicológicos?, ¿se fijan dentro de los marcos teóricos de cada disciplina, o es a partir del empleo cotidiano de esta terminología como queda establecido su sentido? Otra forma de expresar esta alternativa entre la teoría y la práctica como fuentes de la “significatividad” del lenguaje jurídico es, que frente a la pregunta de qué es el derecho, una postura responde que éste es lo que la teoría dice que es, mientras que para la otra el derecho es lo que su práctica nos muestra.

Afirmar que la práctica es la que fija el significado de los términos legales entraña una especie de tesis wittgensteiniana de que el significado del lenguaje está en su uso, por lo que primero hay que describir lo que las personas hacen y dicen cuando emplean tales nociones para, *a posteriori*, llegar a una concepción de lo que es el derecho. La otra forma de proceder es *a priori*, partir de principios o categorías para definir qué es un orden jurídico. Se trata de dos criterios de identificación: categorías *a priori* versus prácticas o hechos sociales. Este es, me parece, el punto nodal de discusión. A continuación señalaré algunas dificultades de la primera alternativa.

En la base de esta concepción está la idea de que las acciones humanas tienen en sí mismas un significado que no es producto de un marco conceptual, el cual podemos descubrir mediante su atenta observación. Si vemos el actuar de los abogados, legisladores, jueces y demás participantes en, para ponerlo con Wittgenstein, el juego del lenguaje jurídico, podremos indagar qué es una norma, una sanción, una obligación o una responsabilidad. Pero, ¿realmente nuestros actos tienen un significado jurídico que no refiere a ningún marco conceptual sino que, por decirlo así, está inscrito en ellos y que cualquiera, o al menos quienes tomar parte en ese juego, puede leer? ¿Tiene sentido afirmar que los hechos acarrear consigo su propia interpretación?

Me parece que esta idea es equivocada, ya que entre los actos humanos *qua* fenómenos físicos existen relaciones causales, pero no jurídicas. Que la deliberación de una asamblea de personas pueda interpretarse como una sesión del Parlamento, o que la firma de unos papeles sea la celebración de un contrato comercial, depende de la existencia de normas y categorías sin las cuales no sería factible atribuir a estos hechos una connotación jurídica. Por ello, la práctica en sí misma no puede ser el origen del significado de los conceptos. Si le preguntáramos a un legislador de orientación *dworkiniana* en qué consiste su función, probablemente nos diría que su trabajo es crear razones exclusivas para la acción, mientras que un *kelseniano* vería su tarea como la imputación, a ciertos hechos, de consecuencias jurídicas. En ambos casos la atribución de sentidos no se da en un aislamiento teórico, sino en el marco de un esquema conceptual.

Por su parte, la dificultad a la que se enfrentan quienes sostienen que la teoría fija el significado del lenguaje jurídico es que no existe un único marco categorial y, al parecer, no contamos con un criterio objetivo para demostrar la superioridad de uno sobre los demás. Sobre esto regresaré posteriormente.

VI. Ciencia jurídica: ¿descriptiva o normativa?

En la base del debate entre positivistas incluyentes y excluyentes hay varias confusiones conceptuales que han generado disputas estériles. Un ejemplo es el uso equívoco que se hace de los términos “normativo” y “descriptivo”, cuando se aplican a la ciencia jurídica. Suele pensarse que ambos se excluyen mutuamente, pues si la ciencia jurídica es descriptiva, se dice, no puede ser normativa y viceversa.

Andrei Marmor, por ejemplo, se pregunta si el positivismo es una teoría del derecho normativa o descriptiva. La respuesta es que, al no proponerse justificar o legitimar su objeto de estudio, la mejor manera de definirlo es como una teoría del segundo tipo. El positivismo, añade, es neutral porque no necesita pronunciarse ni hacer evaluaciones sobre asuntos políticos o morales. Marmor reconoce que los términos “descriptivo” y “normativo” son confusos e inadecuados para caracterizar al positivismo, pues éstos no se oponen ni se excluyen entre sí necesariamente. Además, señala, cuando decimos que una teoría es normativa podemos querer dar a entender muchas cosas, aunque, por lo general, lo que se afirma es que en ésta se hacen juicios morales (Marmor, 2006).

Esta concepción de lo que es una ciencia normativa se vislumbra en la llamada tesis de la separación entre el derecho y la moral. En su versión mínima, ella afirma que para determinar lo que es el derecho no es necesario recurrir a consideraciones morales o de algún otro tipo que impliquen una evaluación de lo que las normas deben ser. Esto es así porque los conceptos de derecho y de moral son independientes, pues no existen relaciones necesarias entre ellos. En su versión fuerte, la tesis dice que los contenidos morales no tienen ningún papel en la definición del derecho, interpretación que es asumida por los positivistas excluyentes. Para los incluyentes, en cambio, la moral puede determinar, en ciertas circunstancias, lo que es el derecho. En todo caso, se trata de algo contingente que depende de las reglas sociales de reconocimiento de los órdenes jurídicos particulares. Es decir, si la regla de reconocimiento de un sistema establece, por ejemplo, que la moralidad pública es fuente de derecho, entonces sí hay un vínculo, aunque no necesario, entre las creencias morales y las normas jurídicas

Marmor sostiene que otra forma de entender la idea de que la ciencia jurídica es normativa es interpretarla de la siguiente manera: adoptar el positivismo jurídico tiene beneficios morales o políticos. Casi todos los teóricos del derecho, dice el autor, han tenido razones extra teóricas para

considerar que su concepción es la correcta. Así, cada explicación posee ciertas ventajas sobre las demás. La adopción de una u otra es resultado de argumentos y evidencias, pero también de nuestras ideas morales. La razón es que tales concepciones no surgen en el vacío, sino en contextos intelectuales y sociales específicos, por lo que frecuentemente están motivadas, de manera más o menos explícita, por una visión política y moral. En este sentido, Gerald Postema dice que el positivismo jurídico de Bentham formó parte de su agenda utilitarista y de reforma legal. De la misma forma, es altamente probable que las preocupaciones de Hart acerca de las relaciones entre el derecho y la moral se hayan originado, aunque sea parcialmente, por el ambiente intelectual creado en la época de la posguerra (Marmor, 2006). Sin embargo, Marmor concluye que esto no muestra que el positivismo jurídico sea, en un sentido interesante, una teoría normativa, ni que la exactitud de sus descripciones dependa de la verdad de sus motivaciones morales.

En la literatura sobre este tema hay una serie de posiciones que comparten un espíritu similar. Stephen Perry, por ejemplo, sostiene que cada teoría del derecho necesita un marco conceptual de fondo para interpretar los datos jurídicos que se le presentan. La elección entre esquemas conceptuales se basa en argumentos morales, pues implica la atribución al derecho de ciertas funciones (Perry, 1995). Frederick Schauer, por su parte, enfatiza que toda definición del derecho destaca una serie de características, en detrimento de otras, de un fenómeno social complejo, por lo que algún tipo de simplificación es inevitable. Nuestra selección de estos rasgos está teleológicamente determinada, pues detrás de ella hay una idea de lo que el derecho debe ser. Así, al definir éste hacemos una elección entre criterios morales, y no descubrimos una realidad dada (Schauer, 1996). Muchos de los teóricos post positivistas han abrazado esta misma línea argumentativa. Para Joseph Raz, las descripciones jurídicas deben tener en cuenta los juicios de valor ético de las personas involucradas en el sistema legal (Raz, 1994). En opinión de Wil Waluchow, para entender los asuntos jurídicos necesitamos una especie de sentido moral (Waluchow, 1994). En palabras de Niel MacCormick, los valores presentes en la teoría del derecho son parte de su objeto de estudio (MacCormick, 1992).

Hay entonces dos sentidos en los que se dice que la ciencia jurídica es normativa: uno se relaciona con la idea de que la adopción de un esquema conceptual está guiada, en última instancia, por consideraciones políticas o morales; el otro tiene que ver con la tesis de que los valores inmersos en el derecho forman parte del objeto de estudio de la ciencia jurídica. De paso, es importante señalar que una de las razones esgrimidas para dar-

le entrada, en la ciencia del derecho, a los valores y con ello a cierta forma de normativismo, es el rechazo a un descriptivismo crudo que implicaría una visión ingenua del conocimiento como reflejo de la realidad (Villa, 1997). Desde mi punto de vista, ninguna de las anteriores lecturas capta el sentido en el que la ciencia del derecho es normativa. Creo que hay una manera distinta de entender esta afirmación, que es la neokantiana-kelseniana, que no implica un descriptivismo como el señalado ni significa la intromisión de valores morales o políticos. Los enunciados jurídicos describen el derecho, pero no son un mero reflejo de una realidad dada, sino que para hacerlo se valen de un esquema de interpretación. En el caso de Kelsen, la noción de imputación es uno de los elementos centrales de este esquema. Estamos así ante una concepción, que llamaríamos, descriptivo-constructivista de los enunciados jurídicos. La afirmación de que la ciencia jurídica es una ciencia normativa puede entenderse tanto en el sentido de que para describir normas se requiere de un conjunto de categorías jurídicas, más no de valores, como en el de que lo que se describe son normas y no hechos físicos.

VII. Los juicios de valor en la ciencia del derecho

De lo anterior emerge el tema de si los juicios de valor tienen algún papel en la ciencia del derecho. De acuerdo con Vittorio Villa, quienes sostienen que no hay lugar para ellos asumen una concepción descriptivista de la ciencia jurídica, la cual afirma que el lenguaje cognitivo describe la realidad, las prácticas sociales que constituyen el derecho, de manera valorativamente neutra. La explicación alternativa es el constructivismo que, en general, concibe el conocimiento como resultado de nuestra intervención sobre la realidad. En este sentido, toda actividad cognoscitiva es la reconstrucción de un campo de experiencia, la cual inicia con una serie de elecciones teóricas previas. Por ello, siempre son posibles diferentes lecturas de los mismos fenómenos. Para esta visión, en cada esquema conceptual hay inmersos valores que influyen los procesos cognoscitivos de observación, recopilación de datos, postulación de hipótesis, etcétera.

La interrogante es entonces cómo decidir entre marcos teóricos alternativos si, a final de cuentas, su elección depende de juicios de valor. Con el propósito de sostener que tal decisión no es totalmente subjetiva, y que es posible comparar entre sí esquemas conceptuales, se han distinguido dos tipos de valores: los que sirven para evaluar las teorías (verdad, simplicidad, coherencia, entre otros), y los que poseen un carácter abiertamen-

te ético. Villa rechaza esta distinción por considerarla *ad-hoc*, diseñada sólo para salvar al conocimiento jurídico de la intrusión de juicios de valor fuertes, y en su lugar plantea una división con base en el papel que desempeñan los juicios. Si bien ambas categorías incluyen valores, los cognitivos contribuyen a la comprensión del derecho, mientras que los creativos sirven para criticar y transformar el derecho. Los valores que presiden esta labor son externos a los órdenes jurídicos.

Con esta maniobra para darle congruencia a la idea de que el conocimiento jurídico está, en un sentido éticamente fuerte, cargado de valores, Villa cree posible reconciliar los dos requisitos que debe satisfacer el discurso de los abogados y juristas sobre el derecho positivo. El primero es salvaguardar la objetividad del discurso de la ciencia jurídica, que es importante para proteger valores fundamentales del derecho contemporáneo como la certeza. El segundo es promover, dentro de la ciencia jurídica, una lectura crítica del derecho. Un ejemplo de esto último es la interpretación, cargada de valores, que suele hacerse de los principios constitucionales. En suma, la idea es que conocer y evaluar son dos facetas de una misma empresa cognitiva (Villa, 1997).

Juan Antonio García Amado ha hecho observaciones en el sentido de que la elección de un marco conceptual está determinada por factores culturales y, por lo tanto, teñida de un cierto relativismo. Esto, nos dice, tiene consecuencias importantes para la doctrina kelseniana de la norma básica, pues si su adopción depende de que asumamos el esquema interpretativo de la teoría pura, la argumentación trascendental de Kelsen se viene abajo. Ante la pregunta de si su explicación es la única forma de entender el derecho, o sólo una entre varias posibles, el autor afirma que la respuesta de Kelsen es intermedia. Por una parte admite que existen otras exégesis, pero, por la otra, sostiene que si queremos comprender los fenómenos jurídicos científicamente debemos adoptar la hipótesis de la norma básica, dado que cualquier otra explicación pone a la ciencia jurídica en manos de la ideología o la política, con lo que pierde su especificidad. La teoría pura sería así el único esquema conceptual que garantiza una consideración autónoma y objetiva del derecho. Para García Amado, la explicación kelseniana tiene un rasgo ideológico ineludible, pues su elección, frente a otras opciones, depende de que asumamos valores como el de la pureza y la unidad metódica, la neutralidad valorativa o el carácter descriptivo de la ciencia. Pero la decisión entre estos ideales y los que subyacen a las teorías alternativas no puede resolverse aplicando un criterio racional extra-jurídico, por lo que se trata de una opción coloreada de subjetividad (García Amado, 1996). En el mismo espíritu, para Gerhard Luf la norma básica

es resultado de un interés por la cognición técnico-práctica y la aspiración de control y organización de los fenómenos sociales producto del capitalismo industrial y del Estado constitucional liberal (Luf, 1998). Asimismo, para Agostino Carrino la teoría pura se enmarca en una ideología para la cual la ciencia natural moderna es un valor económico-tecnológico (Carrino, 1998).

Al respecto, Priel dice que la primera fuente de desacuerdos en la ciencia jurídica tiene que ver con lo que se concibe como derecho, con su objeto de estudio. Esto se debe a que los teóricos poseen, antes de entrar al debate, una serie de intuiciones pre-teóricas acerca de su objeto de investigación, por lo que no es de extrañar que desarrollen teorías descriptivas que estén en conflicto. Por ello, siempre es posible rechazar cualquier contraejemplo a una teoría diciendo que eso no es derecho. Toda elección de metodología para fijar el objeto de estudio es, por lo tanto, una especie de petición de principio, pues favorece una concepción de lo que es el derecho sobre otras posibles. Dice el autor que cada teórico se inclina por la metodología que mejor se ajusta a sus preconcepciones. Tenemos entonces que la razón principal de la persistencia de los desacuerdos en la teoría jurídica es que hay asuntos metodológicos subyacentes sin resolver: la función de la teoría jurídica, la naturaleza de la explicación y de los fenómenos sociales, el peso de los estándares para evaluar al derecho, por sólo mencionar algunos. En este sentido, en la base de cada una de las distintas formas de entender la práctica de la ciencia jurídica hay una interpretación de dicha práctica, una manera de identificar sus aspectos centrales. Es curioso notar como Priel cae en una petición de principio al afirmar que ante la pregunta de qué es lo importante en el derecho, se puede decir con seguridad, sin prejuzgar la respuesta hacia algún lado, que el derecho se relaciona con conceptos como autoridad, moralidad, coerción y legitimidad (Priel, 2014).

¿Qué decir de la tesis de que no hay forma de elegir racionalmente entre teorías del derecho alternativas, pues incluso los ideales de neutralidad valorativa, objetividad, economía conceptual, sistematicidad, congruencia lógica y unidad metodológica de la ciencia moderna son optativos? Que este modelo de ciencia está culturalmente condicionado es afirmar una trivialidad; lo relevante, en todo caso, sería ver si es factible una ciencia jurídica que, por ejemplo, no tuviera el propósito de explicar el derecho, sino de justificarlo o criticarlo. Dado nuestro ideal de ciencia, y no hay razones a la vista para entrever un cambio, debemos insistir en la importancia del carácter explicativo y valorativamente neutro de la ciencia jurídica. Ahora

bien, cuando tenemos distintas teorías que reclaman para sí la verdad, tenemos que contrastar su poder analítico para decidir entre ellas.

VIII. Conclusión

Decíamos que la primacía del lenguaje jurídico sobre el moral es conceptual, pues no es una tesis empírica acerca de la prioridad temporal de uno u otro. Pudiera incluso probarse que antes de la aparición de sociedades reguladas jurídicamente, y de la ciencia del derecho, nociones como obligación y responsabilidad eran ya de uso común. Aún en ese caso, su significado queda establecido en la teoría jurídica, pues ésta proporciona el marco conceptual que hace posible las relaciones normativas. Es porque poseemos “una visión jurídica del mundo” que podemos adscribirle a los individuos de esas sociedades el manejo de conceptos normativos. Cuando usamos estos términos en el discurso moral les asignamos algunos de los rasgos que tienen en el derecho, pero no todos. Por ello, sólo en la medida en que existen obligaciones jurídicas decimos que los hijos adultos tienen el deber de cuidar a sus padres. Así, el debate entre positivistas incluyentes y excluyentes debe ser abandonado, o al menos reformulado, dado que no tiene sentido preguntarse si es posible o no incorporar a la definición de derecho conceptos morales, ya que desde el momento en que aparecen en un texto legal, éstos tienen el significado jurídico que en él se les adjudica. El problema de la “incorporación” es sólo aparente, pues incluso la respuesta negativa del positivismo excluyente asume que el discurso moral y el jurídico son dos esferas separadas. En cambio, si asumimos que el primero es parasítico del segundo, la pregunta en cuestión se disuelve.

Es posible pensar que razonamos circularmente al dar por sentada una de las posiciones en conflicto: que los conceptos jurídicos tienen prioridad sobre los morales. Mi respuesta es que la teoría jurídica proporciona una exégesis unitaria, sistemática y valorativamente neutra del lenguaje normativo que los sistemas de creencias morales no pueden igualar, por carecer de las herramientas apropiadas. Así como para Kant las categorías del entendimiento hacían posible unir en un todo sistemático y legaliforme las caóticas impresiones de los sentidos, de forma similar la ciencia del derecho explica lo dado a la experiencia jurídica a partir de nociones básicas que presentan la estructura lógica del derecho. Por esta razón, los términos morales, asistemáticos en comparación con los jurídicos, derivan su signi-

ficatividad de éstos, los cuales son explicados, unitariamente, por la ciencia jurídica.

Esto entraña una idea de ciencia presidida por los valores de sistematicidad, coherencia, objetividad y neutralidad, la cual está justificada por los resultados teóricos de la ciencia moderna. Si algún problema hay aquí es cómo elegir entre esquemas conceptuales rivales, decisión que debe fundarse en la fuerza exegética de las opciones disponibles. La ventaja de la perspectiva neokantiana-kelseniana es que, a partir de un conjunto de categorías, se da cuenta de dos fenómenos aparentemente separados, el lenguaje moral y el jurídico, con lo que se avanza hacia el ideal de unidad metodológica explicativa del mundo social.

Una consecuencia de la relación de fundamentación conceptual que sostenemos existe entre la ciencia y la práctica del derecho, es que éste no es lo que sus practicantes dicen que es. Lo fundamental, para definirlo, es el punto de vista descriptivo-constructivista, y valorativamente neutro, de la ciencia jurídica. Esto representa una dificultad para los defensores del positivismo incluyente, pues buena parte de sus argumentos parten de la idea de que si, en la práctica, los usuarios le dan al lenguaje jurídico una cierta connotación moral, este significado entra en la definición de derecho. Por último, hay otro sentido en el que puede afirmarse que existe una conexión entre el derecho y la moral, entendiendo por ésta un conjunto de principios y creencias en torno a lo que es o no correcto. Esta interpretación surge cuando se afirma, por ejemplo, que el concepto de justicia de legisladores o jueces influye los procesos de creación o adjudicación normativa. Esta tesis es filosóficamente inocua, pues se trata de algo contingente y no de una relación conceptual.

Referencias bibliográficas

- Carrino, Agostino, 1998: "Reflections on Legal Science, Law and Power", en Stanley Paulson y Bonnie Litschewski (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford, Clarendon Press, pp. 507-522.
- Cohen, Hermann, 2002: *Ethik des reinen Willens*. Hildesheim/Zúrich/Nueva York, Georg Olms Verlag.
- García Amado, Juan Antonio, 1996: *Hans Kelsen y la norma fundamental*. Madrid, Marcial Pons.
- Honoré, Tony, 2002: "The Necessary Connection between Law and Morality". *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 3, pp. 489-495.

- Kelsen, Hans, 1991: *Teoría pura del derecho*. México, Editorial Porrúa.
- Luf, Gerhard, 1998: "On the Transcendental Import of Kelsen's Basic Norm", en Stanley Paulson y Bonnie Litschewski (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford, Clarendon Press, pp. 221-234.
- MacCormick, Niel, 1992: "Natural Law and the Separation of Law and Morals", en R.P. George (ed.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*. Oxford, Clarendon Press, pp. 105-116.
- Marmor, Andrei, 2006: "Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral". *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 4, pp. 683-704.
- Perry, Stephen, 1995: "Interpretation and Methodology in Legal Theory", en Andrei Marmor (ed.), *Law and Interpretation*. Oxford, Clarendon Press, pp. 97-123.
- Priel, Dan, 2005: "Farewell to the Exclusive-Inclusive Debate". *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 4, pp. 675-696.
- _____, 2014: "Jurisprudential Disagreements and Descriptivism". *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 8, pp. 483-518.
- Raz, Joseph, 1994: *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*. Oxford, Clarendon Press.
- Rodríguez, Guillermo Héctor, 1947: *Ética y jurisprudencia*. México, Secretaría de Educación Pública.
- Schauer, Frederick, 1996: "Positivism as Pariah", en R.P. George (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*. Oxford, Clarendon Press, p. 33
- Villa, Vittorio, 1997: "Legal Theory and Value Judgments". *Law and Philosophy*, núm. 4, pp. 447-477.
- Waluchow, Wil, 1994: *Inclusive Legal Positivism*. Oxford, Clarendon Press.

Recepción: 7/11/2014

Revisión: 24/3/2015

Aceptación: 21/4/2015