

## COMENTÁRIO

---

### ¿QUÉ DERECHO? ¿QUÉ JUSTICIA?

Mauricio Maldonado-Muñoz

Luis Felipe Lopes, en su texto (“Sobre a possibilidade da justiça no direito”), trata un tema añoso: la (posible) relación entre el derecho y la moral; específicamente, sobre las posibilidades de un derecho justo estructurado sobre la base de tres dimensiones. La primera, una normatividad (del derecho) derivada de un contenido moral fundamental. La segunda, una sistematización o institucionalización de tal normatividad. La tercera, una racionalidad argumentativa (relacionada con la “justicia en la aplicación del derecho”).

Me permito hacer, antes que nada, algunos comentarios generales, también porque aquí no es necesario rememorar todos los intentos históricos que han pretendido, de un modo u otro, emprender este camino. Toda la historia del iusnaturalismo está marcada por la idea (el ideal) de que es posible hallar los criterios de lo justo y de lo injusto (y que de allí devienen también algunos contenidos *ex hyphotesi* necesarios del derecho).

Por supuesto, esta posición –incluso atenuada– depende de alguna especie de tesis *cognitivist* *ético-jurídica*; es decir, la tesis según la cual la presencia de cierto tipo *específico de racionalidad* permitiría a las personas reconocer ciertas “exigencias jurídicas” implicadas en su propia conducta: propugnando así la continuidad entre la razón, el bien y lo jurídico. ¿Cuáles son precisamente estas exigencias? Es un problema sobre el que iusnaturalistas (y, más en general, no positivistas) no se ponen completamente de acuerdo. ¿Cuáles son los valores o principios que están en la base del derecho? Las respuestas son del todo abigarradas.

De cualquier modo, como decía Norberto Bobbio, la (hipotética) existencia de un “derecho racional” (producto de la razón y no de la historia), parecería presuponer la existencia, a su vez, de una especie de “Razón legisladora” capaz de “poner”

o “dictar” normas<sup>24</sup>. Pero no solo eso, sino que, en muchas de las tesis que de un modo u otro defienden aquello, esto se conecta con la existencia de una particular racionalidad sustantiva de los destinatarios de los “comandos” de la Razón. En suma, se requeriría demostrar la existencia de un derecho racional cuyos destinatarios sean a su vez (del todo) razonables, capaces de *comprender* –y aquí la interpretación sería un acto no de voluntad, sino de pura cognición– ciertas reglas (jurídicas) de lo justo y lo injusto, y de actuar en consecuencia. Obviamente, esta hipótesis no es históricamente comprobable.

En esta sede no es del caso insistir demasiado en que, en algunas ocasiones, estas tesis se presentan atenuadas (quizás se pueda decir que es el caso de Lopes); basta con subrayar que estas tienen en común alguna forma más o menos fuerte de objetivismo. ¿Pero cómo persuadir a los escépticos de que así son las cosas? Más cuando, de hecho, no es necesario llegar al escepticismo moral para dar batalla a algunas de estas tesis. Ricardo Caracciolo ha mostrado que abrazar el positivismo jurídico (metodológico) es independiente de nuestra posición (meta)ética<sup>25</sup>. De hecho, las tesis de la separación y de la separabilidad entre el derecho y la moral son tesis conceptuales<sup>26</sup>. De allí que, bien mirado, no se niegue que entre la moral y el derecho puedan darse relaciones fácticas o coincidencias en su contenido<sup>27</sup>, aunque se trate siempre de sistemas normativos diversos<sup>28</sup>. Lopes dice que una respuesta acerca de la relación entre el derecho y la moral debe nacer de la comprensión acerca de la “naturaleza” del derecho; esto es, la respuesta a la pregunta “¿qué es el derecho?” (queriendo decir “¿cuál es la naturaleza del derecho?”). Giovanni Tarello sostenía que habría que huir de la formulación de este tipo de problemas como se huye de la peste<sup>29</sup>. La metáfora hoy sería infeliz (o tal vez muy precisa), pero la razón que está detrás (Tarello *dixit*) es que estos provocan definiciones “reales” del derecho. Tales definiciones presuponen la existencia de una realidad física subyacente –y, habría que añadir, independiente– que, de una manera u otra, dejaría entrever, por ello mismo, que el derecho no es algo que existe de modo dependiente de determinadas relaciones sociales, sino que es preexistente a ellas. Y ello sin negar, como ya he dejado implicado, que seguramente habrá coincidencias

24 Bobbio, 1985.

25 Caracciolo, 2001.

26 Guastini, 2016, cap. II.

27 Claro está que esto dependerá del sistema jurídico y del sistema moral del que estemos hablando. Diferentes sistemas jurídicos y diferentes sistemas morales pueden coincidir o diferir en su contenido (basta pensar, por ejemplo, en el caso de la eutanasia: una cosa es hablar de su licitud/ilicitud en un sistema jurídico dado –el ecuatoriano, el neerlandés, etc.–, y de su licitud/ilicitud en un sistema moral determinado –la moral cristiana, la moral liberal, etc.–, para hablar, luego, de sus coincidencias y diferencias). Este es un simple truismo.

28 Ratti, 2013, cap. XI.

29 Tarello, 2011, 29.

entre el contenido de un determinado sistema jurídico y el contenido de determinados sistemas morales (de moral crítica); y que, por lo demás, muy probablemente el derecho será –en condiciones normales– el reflejo, al menos parcial, de la moral positiva de una sociedad dada.

Se supone, en todo caso, que tratar el problema en los términos de Lopes sería una forma, entre otras, de responder al problema de la (así llamada) “normatividad del derecho”. En realidad, el uso del término “normatividad” no parece estar libre de ambigüedades. Por lo menos se lo podría entender de dos formas: 1) el derecho está integrado por normas (un truismo), 2) el derecho genera cierta obligatoriedad para sus destinatarios. Por supuesto, no hay una conexión necesaria entre una y otra tesis, que el derecho esté integrado por normas nada dice sobre la obligatoriedad de esas normas. Una respuesta algo tosca podría sostener que basta con constatar que el derecho es visto normalmente (*ceteris paribus*) como obligatorio, sin tener que verse constreñido a responder por qué “obliga” (moralmente). Eugenio Bulygin, por ejemplo, sostiene que estos no son problemas genuinos de la filosofía del derecho, si acaso lo son de la filosofía moral, sobre todo si se tiene en cuenta que las normas jurídicas no serían –a diferencia de las morales (más si alguien sostiene la existencia de una “moral objetiva”)– razones concluyentes para actuar<sup>30</sup>.

Para Lopes el derecho tiene un *telos* relacionado con la expectativa de que este pueda proteger determinadas condiciones humanas y sociales de su degeneración (el derecho responde a un tipo de “vida colectiva escogida”, que –si he entendido bien– se reflejaría en la institucionalización del derecho). No obstante, el propio Lopes admite que existen casos diversos a lo largo de la historia. La historia, en efecto, abunda en casos en los que una forma de vida colectiva no es escogida, sino impuesta mediante el derecho (contra las convicciones morales generales de los miembros de una comunidad). Y esto, de hecho, no en todos los casos puede calificarse como “desviante” –por ejemplo, desde el punto de vista liberal– si se piensa en que incluso han existido constituciones *otorgadas*, que no han sido el producto de una reivindicación precisa, de una revolución o de un cambio en los valores sociales compartidos, sino, simplemente, de una “graciosa concesión del poder”.

Se dirá que un sistema jurídico cualquiera, incluso de aquellos que no consideraríamos comúnmente “justos”, no puede considerarse enteramente predatorio, que aun un sistema de este tipo “pretenderá corrección”, se presentará como justo, etc. Esto supone, como se sabe, acudir a la tesis alexyana de la doble naturaleza del derecho<sup>31</sup>

30 Bulygin, 2004.

31 Alexy, 2016.

(de la que también echa mano Lopes), con todas las implicaciones que aparecen en su teoría. En esta sede solo basta recordar a Bulygin:

The difference between the bandit's order and the governor system lies, according to Alexy, in the claim to correctness. The governor system raises this claim and though it does not satisfy it; the mere fact that this purely rhetorical claim is raised is enough for changing the predatory order into a legal system. From a moral point of view, an order that claims to be correct, but is unjust in the extreme, is considerably worse than an openly predatory order. When somebody uses the pretext of moral correctness to commit immoral actions, it is usually called hypocrisy. The transformation of a bandit's order into a legal system and a gang of bandits into legal authorities seem to be grounded on mere hypocrisy. This sounds more than strange and is certainly incompatible with the assertion that the concept of law necessarily includes moral elements<sup>32</sup>.

Bruno Celano, por otra parte, ha insistido varias veces en que, incluso si presuponemos la existencia de una serie de valores (por hipótesis “objetivos”) que están en la base del derecho (o que son su fundamento), dada la *nomodinámica* del derecho y el pluralismo de los valores, el resultado concreto del contenido de un determinado sistema jurídico podrá ser diferente de la representación más o menos fiel de ese supuesto sistema fundamental de valores<sup>33</sup>. El asunto versa sobre un problema de base; esto es, que el derecho –siempre en los términos de Celano– tiende a transformar preguntas sustanciales acerca de la justicia (“problemas de justicia”) en preguntas formales acerca de la competencia y los procedimientos que han de aplicarse para la resolución de un problema de este género. Así, una pregunta del tipo “¿Qué exige la justicia en el caso *x*?” es transformada por el derecho, tendencialmente, en una pregunta del tipo “¿Quién es competente, y bajo qué procedimientos, para decidir qué exige la justicia en el caso *x*?”. Este es un aspecto de la “naturaleza” dinámica del derecho (o sea, el fenómeno de la autoridad: aquí interesa, ante todo, el fenómeno de la autoridad interpretativa). Los poderes interpretativos están en juego en la “determinación” del contenido del derecho. En estos términos (formales), el derecho puede ser visto como un sistema de justicia procedimental imperfecta<sup>34</sup>.

No obstante, se pretende que el derecho sea “materialmente justo”. Lo dicho anteriormente supone una limitación obvia a esta pretensión. Y, sin embargo, si queremos

32 Bulygin, 2010, 8.

33 Celano, 2002; 2005a; 2005b; 2006 (todos traducidos al castellano y publicados en Celano, 2009).

34 Aunque aquí quizás correspondería hacer algunas precisiones, estimo que ello no es necesario a efectos del presente trabajo.

que esta pretensión (un derecho “materialmente justo”) sea tomada en serio, hemos de responder a la pregunta “¿qué justicia?”<sup>35</sup>. Si tomamos en cuenta, como decía Bobbio, que puede ser considerado como su núcleo histórico común el “tratar a los iguales como iguales y a los diferentes como diferentes”, deberemos aceptar que para ello es menester definir quiénes y en qué son iguales, y quiénes y en qué son diferentes. Y lo cierto es que las respuestas históricas a estos problemas han sido variopintas: han variado de tiempo en tiempo y de cultura a cultura (han variado los “valores fundamentales” y la forma de su concreción práctica). Esto no quiere decir, como es obvio, que aprobemos moralmente el contenido de un sistema jurídico u otro. Así pues, cabría preguntarse, solo a modo de ejemplo, lo siguiente: ¿podemos describir el contenido del derecho romano sin justificarlo moralmente? Seguramente es el caso de muchos de los profesores de derecho romano. La esclavitud, el *manus*, las diferencias entre *honestiores* y *humiliores* –otra vez para hablar de los “iguales” y los “diferentes” a lo largo de la historia–, serán, para muchos de ellos, moralmente inaceptables e injustificables, pero no habrá duda de que hicieron parte del contenido, en diversos momentos, del derecho romano. Si esta aproximación se puede aceptar partiendo de este ejemplo banal, se puede aceptar también que las relaciones entre el derecho y la moral no son conceptualmente necesarias y que la coincidencia en su contenido es contingente<sup>36</sup>. De hecho, la posición del positivismo metodológico es, simplemente, que se puede distinguir la descripción de la valoración concreta de un sistema de normas dado. Es decir, que se puede (y se debe, por razones metodológicas) distinguir el derecho que “es” del derecho que “debe ser”<sup>37</sup>.

Son las mismas razones metodológicas que llaman a distinguir operaciones intelectuales diversas y que pueden apreciarse, por lo demás, también en la diferencia entre una “metajurisprudencia prescriptiva” y una “metajurisprudencia descriptiva”<sup>38</sup>. Otra vez los términos son bobbianos. Aquí los adopto a efectos de mostrar que una aproximación positivista metodológica no constriñe al jurista a limitarse a “describir el derecho” (como sería el caso de la “metajurisprudencia prescriptiva”, de impronta kelseniana, en la que, intencionalmente o no, se reduce la labor del jurista a la labor de descripción del derecho, *prescribiendo describir*). De hecho, la “metajurisprudencia descriptiva” no consiste en decirle a los juristas qué labor han de cumplir (para ser “científicos del derecho”) sino que consiste en analizar, sistematizar y, en último término, describir, una labor comúnmente prescriptiva, aquella de los juristas. Los juristas normalmente buscan no solo el conocimiento (expresado mediante “enunciados ju-

35 Bobbio, 1971.

36 Cfr., *inter alia*, Hart, 1958; Bobbio, 2011; Guastini, 2016.

37 Bobbio, 2011.

38 Bobbio, 1967.

rídicos no comprometidos”<sup>39</sup>), sino la reforma del derecho, y lo hacen mediante enunciados de *lege ferenda* y de *sententia ferenda* que son el producto de complejos esquemas argumentativos tendientes a justificar diversas formas de interpretación y construcción jurídica<sup>40</sup>. Por la pluralidad de los argumentos interpretativos que usan y por la existencia de diversos factores –como la ambigüedad y la vaguedad del lenguaje, la existencia de lagunas y antinomias, la coexistencia de diferentes ideologías de la interpretación, entre otros<sup>41</sup>– la “justicia en la aplicación del derecho” (la expresión es de Lopes) también se ve constreñida de modos diversos. Esta es una aproximación que podríamos llamar realista. No pretendo, eso sí, dar cuerda a un realismo radical (mi posición es de realismo moderado<sup>42</sup>), solo mostrar que algunos de estos problemas limitan las posibilidades de una teoría como la de Lopes.

## REFERÊNCIAS

- Alexy, R., 2016. *La doble naturaleza del derecho*. Madrid: Trotta.
- Bobbio, N., 1967. “Essere e dover essere nella scienza giuridica”. *Rivista di filosofia*, 58(3), 235-262.
- Bobbio, N., 1971. “Quale giustizia, quale legge, quale giudice”. *Quale giustizia*, 2(8), 268-274.
- Bobbio, N., 1985. “La razón en el Derecho (observaciones preliminares)”. *Doxa*, 2, 17-26.
- Bobbio, N., 2011. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma-Bari: Laterza.
- Bulygin, E., 2004. “¿Está (parte de) la filosofía del derecho basada en un error?”. *Doxa*, 27, 15-26.
- Bulygin, E., 2010. “Alexy Between Positivism and Non-positivism”. 1st Conference on Philosophy and Law: Neutrality and Theory of Law, pp. 20.
- Caracciolo, R., 2001. “Realismo moral vs. positivismo jurídico”. En P. Comanducci & R. Guastini, (eds.). *Analisi e diritto 2000*. Torino: Giappichelli.
- Celano, B., 2002. “Giustizia procedurale pura e teoria del diritto”. In: M. Basciu (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*. Milano: Giuffrè.
- Celano, B., 2005a. “Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico”. *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 35 (1), 161-83.
- Celano, B., 2005b. “Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello Stato costituzionale di diritto”. *Filosofia politica*, 19 (3), 427-444.

39 La expresión es de Raz, 1979 (la traducción española de la expresión “detached legal staments” como “enunciados jurídicos no comprometidos” es de Dei Vecchi, 2017). El texto de Dei Vecchi es mucho más rico en sus consecuencias de lo que la mención de Raz y de su traducción puede sugerir, pero aquí adentrarse en una discusión más profunda no es necesario.

40 Guastini, 2011, 32 ss.

41 Vid. Tarello, 1980; Bobbio, 1971; Guastini, 2011.

42 Maldonado Muñoz, 2020.

- Celano, B., 2006. “Ragionamento giuridico: tre questioni chiave, e cosa (non) può fare la filosofia al riguardo”. *Diritto & Questioni pubbliche*, 6, 84-96.
- Celano, B., 2009. *Derecho, justicia, razones*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Dei Vecchi, D., 2017. “Enunciados no comprometidos y punto de vista jurídico: una perspectiva renovada”. *Crítica*, 49 (147), 91-121.
- Guastini, R., 2011. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè.
- Guastini, R., 2016. *La sintaxis del derecho*. Madrid: Trotta.
- Hart, H. L. A., 1958. “Positivism and the Separation of Law and Morals”. *Harvard Law Review*, 71 (4), 593-629.
- Maldonado Muñoz, M., 2020. “El realismo jurídico (apuntes para una introducción)”. *Juris Dictio*, 25, 13-25.
- Ratti, G. B., 2013. *El gobierno de las normas*. Madrid: Marcial Pons.
- Raz, J., 1979. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press.
- Tarello, G., 1980. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè.
- Tarello, G., 2011. “La semántica del neústico. Observaciones sobre la ‘parte descriptiva’ de los enunciados prescriptivos”. En J. Ferrer Beltrán & G.B. Ratti. *El realismo jurídico genovés*. Madrid: Marcial Pons.

