

Dossiê Direitos Sociais

*em prismas de Relações do Trabalho,
Emancipação Humana, Direito Internacional
e Filosofia do Direito*

Thomas Cornejo Cuevas*

Universidad de Valparaíso 
Valparaíso, Chile
<https://orcid.org/0009-0003-6676-6439>
tomaz.cornejo@gmail.com

** Doctorado en Derecho Universidad de Valparaíso y
director Asociación Gramsci Chile*

La trampa de la argumentación jurídica y la hegemonía como vía de escape

Resumen

El trabajo aborda brevemente el estado actual del debate acerca de la argumentación jurídica para, a partir de ahí, criticar el entrampamiento en que se encuentra la doctrina dominante y proponer una vía de salida con base en la hegemonía como categoría de argumentación jurídica, la que en todo caso solo puede ser abordada superficialmente en el documento. La finalidad última es rescatar, por una parte, la discusión de fondo y muchas veces olvidada en torno al lenguaje, desde ahí, la revalorización de lo político como fuente única del derecho.

Palabras Clave: Argumentación Jurídica; Lo Político; Hegemonía.

The trap of legal argumentation and the escape through hegemony

Abstract

The paper briefly addresses the current state of the debate on legal argumentation in order, from there, to criticize the entrapment in which the dominant doctrine finds itself and propose a way out based on hegemony as a category of legal argumentation, which in any case can only be addressed superficially in the document. The ultimate goal is to rescue, on the one hand, the fundamental and often forgotten discussion about language, and from there, the revaluation of the political as the only source of law.

Keywords: Legal Argumentation; The Political; Hegemony.

A armadilha da argumentação jurídica e a hegemonia como rota de fuga

Resumo

O artigo aborda brevemente o estado atual do debate sobre a argumentação jurídica e, a partir daí, critica o aprisionamento em que se encontra a doutrina dominante e propõe uma saída baseada na hegemonia como categoria da argumentação jurídica, que, de todo modo, só pode ser abordada superficialmente no documento. O objetivo final é resgatar, por um lado, a discussão fundamental e muitas vezes esquecida sobre a linguagem e, a partir daí, a revalorização do político como única fonte do Direito.

Palavras-chave: Argumentação jurídica; O político; Hegemonia.

Parece más conveniente seguir la verdad efectiva de la cosa que su imaginación.

Maquiavelo

I. Los principios, o lo que nubla el debate

El estado actual del debate jurídico acerca de la decisión de casos se encuentra entrampado. Desde que Donald Dworkin escribiera *Los Derechos en Serio* y con ello se difundiera ampliamente una idea que ha sido llamada post positivismo jurídico (no solo en el mundo anglosajón sino también 0continental), que ni siquiera el intento de Habermas en *Validez y Facticidad* logró superar. Estos dos autores canónicos en la filosofía jurídica contemporánea han marcado un debate que sigue girando en torno a un problema insuperable porque el mismo se encuentra basado en una hipótesis imposible. Me refiero a la vinculación entre derecho y moral.

El debate de Dworkin con Hart gira en torno a responder la pregunta central sobre la decisión de los jueces, o el poder de los jueces. Ello implica reconocer al menos que el derecho no funciona solo a través de la legislación, sino que siempre será necesario la intervención de otros seres humanos que lo hagan aplicable. El imperio de la ley entonces no

es absoluto. De ahí que, reconocer en los jueces un poder creador sea visto por los más conservadores como Dworkin como una posibilidad peligrosa, buscando así limitar ese poder mediante el recurso a sujeciones de la argumentación como son en su caso los principios subyacentes al sistema normativo.

Digo que este debate se encuentra atrapado, pues la doctrina filosófico-política ha debatido en torno a la vinculación entre derecho y moral, o si el derecho puede aceptar argumentos morales para dar razones para la acción, dejando a la política o lo político relegado a la irrelevancia. Por una parte, ciertas posiciones minoritarias reclaman un apego irrestricto del juez a la ley, lo que podría considerarse como formalistas, pero ni siquiera ellos pueden afirmar que el derecho se reduzca a la aplicación automática de normas. Los exegetas modernos son bastantes pocos. En otro extremo, algunos promueven una capacidad ilimitada de los jueces en la innovación normativa, pero al mismo tiempo también reconocen como límite de esa labor a la constitución y/o los derechos fundamentales, aunque en rigor eso sea lo mismo que la nada, y de modo aún más pernicioso, el neoconstitucionalismo ha revivido de manera insospechada un verdadero derecho natural¹.

El atasco en el debate se produce, a mi juicio, por estar sostenido sobre erróneos cimientos. Este debate ha olvidado el origen de éste. No se trata tanto de si el juez tiene o no poder de crear normas, de si debe estar sujeto a ciertos parámetros con tal de hacer valer la supremacía de la ley, de evitar que el juez tome partido por una posición política. El debate original de Hart surge a propósito de una cuestión mucho más profunda, a saber, de si las palabras tienen o no un significado preciso, de modo tal que una aplicación del derecho al modo automático fuese posible. El sueño de Leibniz se hace realidad para el caso que todo problema jurídico pueda resolverse con la aplicación de algún algoritmo, de una fórmula que

¹ “La única teoría de la interpretación que agota el proceso de aplicación del derecho en la operación de subsunción es aquella que sostiene la presencia de un significado (único y correcto) en las fórmulas textuales utilizadas para la comunicación del derecho, y el carácter aporético o evidente de la calificación jurídica de la realidad. Ninguna de ambas premisas son aceptadas por las teorías contemporáneas de la interpretación que, incluso en sus variantes más conservadoras, reconocen al menos en los casos así llamados de ambigüedad o polisemia un ámbito de decisión para el juzgador como operador semántico” (Aldunate, 2010, p. 100). Uso aquí el término derecho natural en un sentido bastante amplio para englobar a todas aquellas posiciones que aceptan valores o principios morales en contra posición a las corrientes o posturas positivistas que intentan negar dicha vinculación.

permita arrojar una solución certera². La postura de Hart, recogiendo el pensamiento del segundo Wittgenstein era que aquello no era posible, pues en el lenguaje conviven una ambivalencia solo posible de solucionar a través de la determinación del uso de las mismas, de las “formas de vida” que en ellas palpita.

Lo que se tiene que elucidar son las condiciones que gobiernan el uso de palabras en determinados contextos sociales, en lugar de indagar las esencias misteriosas con las que se pretende justificar la construcción de teorías apoyadas en definiciones (Gonzalez y Aspe, 2015, p. 37).

4

Su distinción entre reglas primarias y secundarias, así como la regla de reconocimiento, serán fundamentales para que este debate de raíces tan profundas acerca de la naturaleza misma del lenguaje encuentre asidero. En efecto, si en el derecho no existe más que reglas, entre ellas una que permite clausurar el debate y reconocer otras reglas, es decir ser la regla de las reglas, no es necesario argumentar más allá de esta última, de la regla que determina la existencia y aplicabilidad de cualquier otra. En efecto, si una ley no se adecua a la constitución sería inaplicable, expulsada del sistema, pero surge la cuestión ¿Cómo es posible saber si esa norma, esa ley se adecua o no la constitución, si es una regla o no según la regla de reconocimiento? Por supuesto que un debate acerca de su modo de producción es más o menos inocuo, si una ley no ha sido producida en la forma en que la constitución lo determina no puede ser considerada ley, pero sucede que las leyes también son inconstitucionales por no adecuarse al contenido de la constitución, a lo que se ha denominado sus principios, sus valores subyacentes. Esta es la respuesta de Dworkin (1984). En el derecho no solo existen reglas sino también principios, e incluso no solo principios establecidos en una norma superior, en la constitución, sino también, principios subyacentes a un sistema normativo cualquiera, principios morales. Para algunos³ el mismo Hart, sin embargo, culminaría reconociendo ciertas leyes naturales o verdades obvias que justificarían cierto límite y dotarían de contenido mínimo a cualquier norma, la existencia de un tal derecho natural o verdades obvias.

² Leibniz pensaba que el derecho podía reducirse a una aplicación de teoremas que eliminarían toda arbitrariedad. Para mayor profundización se puede consultar: (Martínez, 1996, p. 169).

³ En este sentido se puede consultar (Bulloch y Raz (ed.), 1997).

La propuesta de Dworkin al positivismo de Hart ha dejado una grave herida en el debate contemporáneo de la filosofía jurídica y sobre todo a la argumentación jurídica. La idea básica de Dworkin al señalar que en el derecho no solo existen reglas, sino también principios, ha limitado todo un debate acerca de cuándo estamos ante uno u otro, pero más aún, trajo consigo la “ponderación”, un nuevo *disparate en zancos*⁴ para los positivistas. Este debate también se ha sostenido bajo premisas que no logran despejar la duda. El análisis de la fisonomía de una norma para considerarla de uno o de otro tipo sigue escondiendo nuevamente una cuestión que el mismo Wittgenstein abordaba: toda regla necesita de otra regla que nos diga cómo aplicar la primera. De modo tal que la norma de clausura, la constitución, no es una regla porque no tiene a que otra regla acudir. No existe una regla que nos diga cómo aplicarla. La constitución es la piedra de tope, el fundamento último, y en ese sentido no es una regla, sino un principio.

Si he agotado los fundamentos, he llegado a roca dura y mi pala se retuerce. Estoy entonces inclinado a decir: «Así simplemente es como actúo» (Wittgenstein, 2021, p. 57).

El derecho natural o iusmoralismo de Dworkin aparece esta vez bajo la fisonomía de principios, principios que hacen del derecho consistente, al derecho como integridad. La idea de derechos anteriores, las “cartas de triunfo” de las personas, también asumen el papel de limitar las prerrogativas judiciales, incluso la misma ley. El autor se afana en distinguir la existencia de estas distinciones separando aquellos casos en que los jueces aplican claramente una regla, pues el caso sometido a su conocimiento es más o menos sencillo, fácil de resolver. En contraposición existen aquellos casos difíciles, en que los jueces no pueden simplemente aplicar una regla, que son necesario decidir sobre la base de principios, esto es entelequias más allá de la ley, pero que no provienen del prejuicio o de la mera voluntad del juez, sino que responden a una labor interpretativa que hacen del derecho un sistema coherente. ¿Coherente con qué? Pues con la moral. Y ¿Por qué con la moral? ¿Por qué el derecho debe

⁴ Con esta expresión se refería Bentham a los derechos naturales. Para una mayor profundización de la crítica de Bentham a los derechos del hombre y el ciudadano se puede revisar (Schofield, 2015)

ser consistente con la moral? Porque existe un derecho natural, leyes naturales, verdades obvias que ninguna ley ni autoridad pueden vulnerar.

En efecto, los principios, el derecho natural, las verdades obvias o como se quiera denominar, son recursos -dispositivos- que limitan el debate democrático, elementos que por arte de magia emergen para dar soluciones adecuadas a intereses particulares. Restricciones y limitaciones a cualquier intento de innovación normativa. El recurso a la moral no responde a un principio subyacente, a un valor del sistema, a un principio fundamental de la cultura jurídica de que se trate, sino que enmascara una decisión de lo indecible que busca su legitimidad en una idea trascendental, en un más allá y no en la realidad concreta: en un más acá más profano pero verdadero.

II. El lenguaje, la moral y el derecho: Habermas retoma el debate

Como indiqué, el presupuesto filosófico de Hart es una toma de partido acerca de una determinada concepción del lenguaje⁵. Resulta muy interesante abordar esta cuestión de manera sumamente detenida y profusa, sin embargo, este no es el lugar para aquello. En todo caso valga señalar que al menos existen dos concepciones contrapuestas del lenguaje, de su naturaleza. Por una parte, una concepción que he denominado naturalista o científicista, la cual considera que el lenguaje es una capacidad del ser humano innata, un dato de la biología, incluso posible de identificar específicamente como un órgano dentro de otro órgano, una cierta parte o espacio de nuestro cerebro dedicado a ello. Desde esta concepción es posible entender el lenguaje como una fórmula matemática, un cierto algoritmo del que si llegamos a entenderlo plenamente permitiría un adecuado entendimiento entre los seres humanos, eliminando toda fuente de disputa y malos entendidos. En esta concepción, las diferentes lenguas, los diferentes idiomas son solo una distinción formal, una cáscara que esconde un lenguaje universal más profundo. Esta línea la lidera Chomsky y un sin número de

⁵ En este sentido se puede consultar Orrego Sánchez, C. (1). El giro lingüístico en la filosofía y la jurisprudencia analítica de H. L. A. Hart. *Revista De Derecho (Coquimbo. En línea)*, (3), 55-59. Recuperado a partir de <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2295>

estudiosos⁶. Por otra parte, una concepción del lenguaje lo considera como una mera herramienta del ser humano. Una herramienta cultural y que, por tanto, es un artificio que se adecua a los fines que busca. Uno de sus primeros teóricos y que sin quererlo fundó una nueva forma de abordar el problema, fue Wilhelm Von Humboldt y su teoría genética del lenguaje⁷. En esta concepción radica la idea de que el lenguaje, las palabras poseen un significado, pero no uno posible de descubrir, sino de atribuir. El significado de las palabras depende del valor que expresa, valor que refleja una forma de ser, refleja una sociedad o una cosmovisión, un sentido común gramsciano. En efecto, pese a las diferencias idiomáticas, la palabra “perro” no significa -no carga con el mismo valor- en Chile que en China. En Chile, normalmente indica a una mascota, a un animal doméstico de compañía, en cambio, en el otro es también perfectamente la cena de la tarde.

Paradójicamente Wittgenstein estuvo de acuerdo con ambas posiciones. En un primer momento, o el primer Wittgenstein, abogaba por la reducción de todo lo real a hechos, a una lógica formal capaz de hacer inteligible el mundo. Consecuentemente todo lo que quedará fuera de esa lógica era simplemente un disparate. De lo que no se puede hablar mejor callar dijo. Era el golpe final a la metafísica, al menos tal y como se conocía. No obstante, y una honestidad intelectual infinita mediante, el mismo autor dio un giro y consideró que se había equivocado. El lenguaje natural, el lenguaje cotidiano también es valioso y para que tenga sentido lo que decimos debemos estar a sus usos. Las reglas del lenguaje implican averiguar el uso de las palabras para que tengan sentido, reglas y usos que dependen finalmente de la comunidad, de las *formas de vida* en las que se utiliza. A propósito de esta importante distinción, Wittgenstein se ocupa de la cuestión de las reglas, concluyendo que para que una regla sea tal necesitamos a su vez de otra, una que nos diga cómo aplicar la primera. Las reglas del lenguaje, al igual que un juego, constituyen a su vez el juego mismo.

⁶ Para efectos de este trabajo, el autor mencionado es el sustento “cientificista” de parte de la teoría analítica del derecho con exponentes canónicos como Alchourrón y Bulygin o Guastini. Para una profundización del pensamiento de Chomsky se puede consultar: Müller, 2014.

⁷ “El lenguaje, considerado en su verdadera esencia [*Wesen*], es algo efímero siempre y en cada momento. Incluso su retención en la escritura no pasa de ser una conservación incompleta, momificada, necesitada de que en la lectura vuelva a hacerse sensible su dicción viva. El lenguaje mismo no es una obra acabada [*Werke*] (*érgon*), sino una actividad (*enérgeia*). Por eso su verdadera definición no puede ser sino genética [*genetische*].” (Humboldt, 1990, p. 65).

Lo importante de esa discusión es el hecho de que si utilizamos las reglas de manera inadecuada o no las aplicamos del todo es inútil un entendimiento, si los interlocutores usan reglas distintas la comunicación y el entendimiento resulta imposible. La aplicación de reglas de la lógica evitaría todo conflicto, no obstante, el autor nota que toda regla se funda solo en un hecho concreto, un dato empírico que consiste en el “uso” que se le ha dado a la misma en el pasado, y no en otra regla pues la regresión sería infinita. En los usos es en donde radica el fundamento último de toda regla.

Sin embargo, la fundamentación, la justificación de la evidencia tiene un límite; - pero el límite no está en que ciertas proposiciones nos parezcan verdaderas de forma inmediata, como si fuera una especie de ver por nuestra parte; por el contrario, es nuestra actuación la que yace en el fondo del juego de lenguaje (Wittgenstein, 1979, pág. 210).

La importancia de esto la retomaré en la parte final de este trabajo. Por ahora quiero llegar a la cuestión central que ocupó a Hart, y que, cómo veremos no es puesta en debate por Dworkin, sino por Habermas.

La influencia filosófica más importante para Hart quizá fue J.L. Austin, quien ahondó la senda comenzada por Wittgenstein en la filosofía del lenguaje. Para Austin y su concepción del lenguaje, el contexto social en el que se usan las palabras es esencial para un adecuado entendimiento, y de ello se deriva también un adecuado entendimiento de las reglas como mandatos u órdenes. Sobre la base de las distinciones de Austin, en específico a la teoría de los actos de habla, o actos performativos, Hart pone en el centro del debate (de los vínculos entre moral y derecho), la cuestión de las reglas, de modo tal de rescatar y ampliar esa tradición inglesa del positivismo jurídico de John Austin y Bentham. En su concepción, es la regla de reconocimiento lo que convierte al derecho en sistema y lo es en la medida que dicha regla tiene una eficacia empírica y no meramente formal. El derecho en cuanto lenguaje específico no depende de la pureza del mismo lenguaje, de su capacidad para definiciones, para eliminar toda polisemia, sino que siendo parte del lenguaje común ha de recoger las formas de vida que se impregnan en él, en los contextos que se utiliza. Un adecuado uso implicaría entonces la eliminación de arbitrariedades. Si bien Hart no se preocupó específicamente de la interpretación jurídica al modo en cómo lo hizo Dworkin, nadie podría

soslayar su pensamiento para cualquier intento de marcar una postura al respecto, como lo pretende el presente trabajo.

Siguiendo con el aspecto filosófico que he mencionado -la discusión de fondo que interesa para el debate- es necesario revisar brevemente el trabajo de Habermas y el modo en que concibe los vínculos entre moral y derecho. Es este autor y no Dworkin quien retoma la senda de la filosofía del lenguaje, en específico de J.L. Austin, para, desde su teoría de la acción comunicativa proponer una vía de salida al problema. En *Facticidad y Validez*, Habermas nos propone una teoría acerca del derecho y cómo este se impone en las sociedades modernas como elemento esencial de la estabilidad de las mismas a través de la eliminación de la constante tensión entre la facticidad que proviene de los actos de habla y la validez de los mismos. En otras palabras y recogiendo ese giro copernicano comenzado con Frege, en donde el lenguaje se pone en el centro del debate filosófico en torno a la verdad -y como hemos visto invertido una vez más por Wittgenstein y su concepción de juegos del lenguaje- Habermas nos hace notar que existe una constante tensión en lo social derivada de la facticidad del lenguaje común, y más importante aún de las acciones, que no espera la validez de los enunciados ni de las verdades veritativas para imponerse en el mundo de la vida. Como punto de partida Habermas entiende que existe un tipo de acción en lo social, de pauta de conducta ética (de reglas), que implica un *telos* hacia el entendimiento y no hacia las ventajas individuales como la acción estratégica. Se trata de la “razón comunicativa” como algo distinto a la razón práctica, y como él mismo lo apunta, ello importa mucho más que un cambio de etiqueta. El vínculo entre moral y derecho se vería superado por esta nueva tipología de normas que no nos dicen qué hacer, no tienen un contenido específico, sino solo señalan un camino.

Dicha tipología introduce en lo social un *telos* cuyo único objetivo es el entendimiento mutuo y para ello resulta esencial las condiciones de posibilidad del lenguaje, y de aquellas condiciones ideales de un intercambio de significados que logre un consenso sobre la validez o verdad de estos, mas no implica ningún tipo de contenido o normatividad, más que idealizaciones o requisitos taxativos para llevar a cabo este *telos*. Supuestos que son ideales, pero necesarios para lograr un consenso. Estas condiciones de posibilidad de un lenguaje orientado al entendimiento son requisitos *sine qua non* para la comunicación como

función principal del lenguaje. Y sin embargo, como cuestiones ideales, lo cierto es que en todo intercambio de opiniones, de la comunicación, se encuentran presentes elementos alteradores de esa situación ideal por lo que el primer mandato para los participantes es reconstruir idealmente la situación de habla, eliminando la violencia presente en aquella, como las diferencias de poder, edad, sexo o cualesquiera otra, de tal manera que el consenso se logre solo por la fuerza del mejor argumento.

En una comunidad cualquiera, como hemos dicho más arriba, se comparte un significado que ha sido atribuido por una tradición cuyo origen resulta inidentificable, por lo que los sujetos de dicha comunidad no comienzan desde cero en el uso del lenguaje. Si bien consideramos que el lenguaje es una creación cultural, junto con Humboldt y Wittgenstein, reconocemos que también es previo a toda individualidad, y que, por ende, todo sujeto en una comunidad lingüística se ve forzado a aprender las reglas del lenguaje con tal de usarlo correctamente, constituyéndose así en la condición de posibilidad de lo social. Habermas nos dice algo similar en respecto de la razón comunicativa:

La razón comunicativa empieza distinguiéndose de la razón práctica porque ya no queda atribuida al actor particular o a un macrosujeto estatal-social. Es más bien el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y estructuran las formas de vida, el que hace posible a la razón comunicativa (Habermas, 1998, p. 65).

Pese a ello, los nuevos actores en lo social siempre pueden, en cualquier momento, poner en duda el significado atribuido por sus antecesores. Si el significado de las palabras está en directa relación con el uso de estas en un cierto contexto, resulta natural que, cambiando el contexto, la forma de vida, la comunidad interpretativa, en la que se utilice, también cambie el significado atribuido a la misma. Este hecho de la constante puesta en duda, o rebate de los significados se encuentran siempre presente, dotando al lenguaje mismo, y a través de él a lo social, de esa *enérgeia* necesaria para la constante actualización de los significados subjetivamente compartidos, pero también dotándolo de una tensión que promueve el diferendo o el desacuerdo entre los sujetos que comparten esa comunidad de lenguaje.

Esa tensión que identifica Habermas es entre la facticidad o mero facto del uso de las palabras, de su uso como instrumentalización, de la sumisión de los significados heredados o de la imposición de nuevos significados sin que medie un acuerdo o consenso sobre la verdad o validez de los mismos. Con la presencia de esta tensión en lo social resulta inviable cualquier pretensión de estabilidad que permita un desarrollo de instituciones sociales o cualquiera pretensión de validez con carácter transcendental. Es aquí donde aparece el derecho como el medio por el cual se logra de manera artificial estabilizar el *mundo de la vida* atribuyendo significados que, aunque no compartidos subjetivamente, su pretensión de validez descansa en el carácter coercitivo del derecho, siempre gracias también, a la legitimidad racional-legal que se le atribuye al mismo.

Dijimos que el hecho de que el derecho atribuya significado genera una tensión. Por una parte, logra estabilidad pues decide lo indecible. Atribuye un significado a lo que está en disputa. Por ejemplo, señala lo que es la propiedad privada, la privacidad, un delito, etc., dejando de lado cualquier otra interpretación, cualquier otra atribución de significado. Una decisión implica siempre una exclusión. Entonces, si bien no existen significados intersubjetivamente compartidos, el derecho lo hace de manera artificial, y como no existen buenas razones o mejor dicho razón alguna que así lo justifica en su completitud, la fuerza de esa atribución, la autoridad de la ley, solo logra ser por la amenaza de la fuerza, de su coercitividad. Es este el problema que aborda Habermas y propone su teoría de la acción comunicativa como vía de superación de esa tensión entre la facticidad y la validez, en este caso de las normas. Una norma, cualquiera, pero pensemos en aquellas de rango constitucional, como por ejemplo las categorías de derechos fundamentales, tienen una validez que viene dada por la racionalidad legal de su producción. Esa validez colisiona con la facticidad, esto es con la realidad misma en cómo opera esa norma, en el significado que se le atribuye allende el derecho. Pensemos por ejemplo en el derecho a la salud. La Constitución puede definir ese derecho como una mera libertad de elegir el sistema de prestación, pero para otros se trata de un derecho cuyo contenido implica una garantía estatal de esta prestación en condiciones de igualdad y calidad. Esa norma, y toda la normatividad de la que ella deriva (leyes, reglamentos, etc.), vale por su producción y se mantiene por su coercitividad, de modo que la única forma de eliminar esa tensión es que coincida su validez

con su facticidad. Dicho de otro modo, ese derecho no solo debe ser válido en un sentido racional-legal, sino en un sentido de atribución de significado legítimo, y ello en palabras de Habermas se traduce en la pretensión de validez como legitimidad.

La teoría de la acción comunicativa que propone Habermas es la llave que permite superar esta tensión, este *trauma*⁸, y si bien ha sido objeto de numerosas críticas puede ser adecuadamente complementada y circunscrita para operar como herramienta hermenéutica. El lenguaje entonces juega un rol primordial en esta teoría. El lenguaje viene a ser el medio por el cual la razón cobra vida. El medio por el cual los sujetos buscan superar esa ruptura provocada por la validez y la facticidad. Por otra parte, el derecho viene a ser el producto que, aun de modo artificial, logra dar estabilidad, dirimir desacuerdos entre significados, pero esta vez más allá de su origen o de su mera coercitividad sino de sus buenas razones.

III. Lo político como fuente del derecho: La deuda del positivismo

Nadie podría negar lo que el pensamiento de Habermas ha significado para el derecho. Basado en sus concepciones, Alexy y otros han propuesto teorías de la argumentación jurídica sumamente fecundas. Sin embargo, ¿Por qué la propuesta habermasiana no logra del todo separar la moral del derecho? ¿En qué sentido sigue incrustada la idea de un derecho natural o la idea de una racionalidad moral en la propuesta de Habermas?

Para el autor heredero de la escuela de Frankfurt, el discurso jurídico acepta razones morales, de modo que la puerta sigue abierta para el derecho natural. En su concepción, si la moral migra o penetra al derecho, ésta no lo socava, una norma jurídica sigue siendo jurídica, aunque en sus razones encontremos referencias a la moral. La teoría discursiva del derecho y de la democracia en Habermas, avanza (por así decirlo) en resaltar la importancia del

⁸ Uso aquí la noción de trauma en un sentido lacaniano: como un núcleo esencial que forja la identidad del sujeto y que excede lo simbólico. En este sentido, la discusión en torno a la vinculación entre derecho y moral constituye un núcleo traumático de la doctrina jurídica. En torno a él se gira al modo de un horizonte de eventos de lo Real sin que se pueda superar la aporía que constituye. En este sentido ver (Cornejo, 2023)

lenguaje, del contexto, de las formas de vida, en fin, de la legitimidad del derecho. Es decir, la eterna pregunta -el dilema de Antígona- de si debemos o no obedecer las reglas, incluso si son injustas, se mantiene, y toda respuesta implica una concepción del derecho, y a decir de Dworkin toda teoría de la interpretación jurídica implica una teoría del derecho, y no solo de lo que es sino de lo que debe ser.

Habermas se aleja del positivismo jurídico (aunque dicho debate no le interese) y promueve una concepción procedimentalista del derecho. En dicha visión, las únicas reglas a seguir son las reglas de la comunicación de modo tal que la decisión a la que se llegue sea válida o legítima en términos de forma, es decir si se cumplieron o no en mejor o peor medida las condiciones para un debate ideal. Dicha condición es necesaria para la creación de normas morales o jurídicas o cualquier otra, en el fondo, si todos participamos en igualdad de condiciones en un debate y exponemos nuestros mejores argumentos ¿Qué podríamos objetar a las reglas que nos hemos dado para gobernarnos?

Por supuesto que pensar que el debate político o cualquier otro se da en dichas condiciones es bastante ingenuo y ni siquiera el propio Habermas se atrevería a afirmarlo. Señalar que las decisiones se toman con base en los mejores argumentos desconocen la realidad misma. En la lucha política y sobre todo en la política parlamentaria no son los mejores argumentos los que triunfan sino un sinnúmero de otras consideraciones, desde las posturas religiosas a un cohecho. Sin embargo, el rescate del derecho en Habermas va unido al de la democracia. Solo en un sistema democrático es posible identificar la legitimidad de la normativa jurídica más allá del modo de su producción. Esta concepción, como dije, implica un importante avance con relación a Hart o Kelsen. La centralidad de la democracia es vital para elaborar una teoría moderna de la legitimidad, pues rescata la idea de autogobierno y pone en el centro al pueblo como soberano.

Ahora el problema persiste. Por una parte, los supuestos de Habermas no son distintos a los supuestos de Bentham (uno de los padres del positivismo). Los sujetos son percibidos como libres e iguales. Como tales concurren al debate democrático y se dan a sí mismos sus propias reglas. Su crítica a la “justicia constitucional de los valores” es bastante reveladora al respecto y nos sirve para concluir que es en esta sede en donde cobra relevancia el problema de la interpretación jurídica.

En el capítulo sexto de *Facticidad y Validez*, Habermas acomete en contra de esta corriente que considera a la constitución como un “orden de valores”, valores que irradian el resto del ordenamiento jurídico. Las consecuencias de esta postura han sido tanto criticada como profundizada, provocando que este debate siga entrampado como he mencionado. En la concepción habermasiana una constitución sólo debe establecer los “procedimientos políticos conforme a los que los ciudadanos, ejercitando su derecho de autodeterminación, pueden perseguir cooperativamente y con perspectivas de éxito el proyecto de establecer formas justas de vida” (Habermas, 1998, p. 331). Para el juez constitucional entonces no le es permitido argumentar sobre la base de valores y debe distinguir entre el “discurso de aplicación” y el “discurso de validez” o fundamentación. El juez constitucional deberá velar por que las normas producidas por el legislador, por el soberano, sean válidas en tanto un procedimiento deliberativo, y no podrá juzgar en consecuencia la fundamentación o el valor de la misma. El juez constitucional entonces se transforma en un guardián del procedimiento por el que se acordaron las normas y le es indiferente si dichas normas contienen o no un punto de vista moral.

Diré ahora porque a mi juicio el debate sigue entrampado. Como pudimos revisar, Hart rescata de manera profusa el derecho de la filosofía analítica tan en boga en su época. Dota al positivismo jurídico de un nuevo aire ante los embates de un iusnaturalismo en creces post nazismo y comunismo y las atrocidades que conoció el mundo⁹. La ley es la ley en la medida que responde una regla superior, que vale porque es efectivamente aplicada, y lo es en la medida que se adecua a una realidad cambiante, en la medida en que responde a los juegos del lenguaje de la comunidad de que se trate y por ende más que especificar o dar definiciones tan claras y precisas que impidan malos entendidos, el derecho debe respetar el lenguaje ordinario y encontrar allí la legitimidad de su aplicación. Esa legitimidad sin embargo no puede escapar a la moral,

Habermas por su parte, y en su diálogo permanente con Dworkin, ofrece una teoría que pretende superar esa concepción de un derecho natural que se sobrepone al derecho de

⁹ La rehabilitación del derecho natural surgió a partir del mero formalismo o positivismo incluso atribuido, de mala fe, a Kelsen. En efecto, los criminales de guerra solían argumentar de que sus atrocidades solo eran el cumplimiento de la ley. En este sentido ver (Bárcena & Tajadura Tejada, 2022)

los hombres. En su concepción deliberativa del derecho, la norma jurídica es aplicable sin miramiento a su contenido, y solo es posible juzgar su fuente de origen en cuanto debate democrático, plural y republicano. La legitimidad del derecho viene dada entonces por este enfoque procedimentalista. El derecho puede contener o remitirse a la moral, pero no existe una vinculación o una equiparación entre ambos sistemas normativos. El derecho puede tener cualquier contenido (al igual que lo indican los primeros positivistas) pero no puede ser producido por cualquier y de cualquier forma.

Ambas posturas no niegan entonces que los argumentos morales puedan ser fuente de una decisión judicial. En el caso de Hart, para el caso que deba existir discrecionalidad judicial, es posible que el juez aplique un criterio moral, sin que sea conceptualmente necesario, pero sí posible. Reconoce que el problema de validez de la norma va mucho más allá de su modo de producción y que, para juzgar la justicia o injusticia de una decisión, puede operar criterios morales (Hart, 2012, pág. 216). En el pensamiento de Habermas, la moral se encuentra vinculada al derecho, y aunque de un modo no necesario como en Hart, lo importante de las reglas pragmáticas, entre ellas la moral y el derecho, será el modo en que se produjeron, esto es de si obedecen o no a una autodeterminación o una propia restricción de la voluntad. En el pensamiento habermasiano la moral postconvencional se traduce en una ética del discurso que rescata al derecho como fuente de estabilización social y mediador entre el “sistema” y el “mundo de la vida”. Dicho de otro modo, lo que es derecho debe ser obedecido porque tiene autoridad de derecho, legitimidad en cuanto validez, validez en cuanto proceso conformador de opinión y decisiones públicas.

Ante este panorama no son pocos los que han declarado la muerte del positivismo jurídico (Rosler, 2022). Y no es de extrañar porque pareciera que no podemos escapar de la era d.D. (después de Dworkin como ha señalado Rosler) y a la trampa de la ponderación. A mi parecer, el modo de salir del entrampe es rescatando a *lo político* como fuente del derecho, a su intrínseca vinculación con el derecho, de modo tal que la moral quede relegada al lugar que le corresponde. Ello implica retomar no solo una senda del positivismo primigenio sino también, las raíces más profundas que lo empujan, a saber, el proyecto de la modernidad que tiene su comienzo separando a la moral de la política, precisamente lo que en la era post D. ha faltado.

Jeremy Bentham, el padre fundador del positivismo jurídico con raíces filosóficas rastreables hasta Hobbes, era un promotor acérrimo de la codificación y sin embargo al mismo tiempo también un retractor convencido de que los derechos naturales inalienables del hombre eran un “disparate en zancos”. Por un lado, combatió la discrecionalidad de los jueces y en específico la falta de certezas en el derecho anglosajón que, a falta de leyes sistematizadas, implicaban en cada decisión un riesgo de arbitrariedad. El riesgo precisamente no venía solo de un desorden legislativo y la falta de codificación sino también de ese verdadero “conejo en un sombrero” de la racionalidad moral expresada en derechos naturales del hombre que el juez debía descubrir racionalmente de modo que el derecho vigente coincidiera con un derecho natural universalmente válido. La ley, a diferencia del derecho continental, era vista como un riesgo de tiranía y no de libertad, pues en el *common law* radican los principios universales de justicia que han sido descubiertos y conceptualizados racionalmente en un proceso evolutivo natural. Así las cosas, la costumbre recogida en los precedentes judiciales se opone y se superpone a la ley formal, a la ley del soberano como manifestación de voluntad política.

La crítica de Bentham, por otra parte, no es tanto a este supuesto, sino al hecho de que bajo ella se esconde solo un halo de arbitrariedad, de las posturas aristocráticas y autoritarias de los jueces. Fiel a la tradición empirista inglesa, para Bentham lo único que realmente existe son los hechos efectivos, en el caso del derecho los mandatos del soberano y no las entelegías morales en la que los jueces basan sus decisiones. Por supuesto que su doctrina tampoco escapa a una visión de lo que el derecho debe ser, en su caso, desde la vereda utilitarista: un conjunto de normas que procure la mayor felicidad posible para el mayor número de personas posibles.

El debate está entrampado porque ni Rawls, de quien se nutre Dworkin, ni Habermas, de quien se nutre Alexy y tantos otros, escapan a la especulación filosófica moral de un ser humano abstraído de la realidad efectiva. En sus elucubraciones, la unanimidad de los miembros de una comunidad son capaces de otorgarse pautas de conductas racionales y universales, sea a partir de una “posición original” y un “velo de ignorancia”, sea a partir de las “condiciones ideales del habla” y la “razón comunicativa”. El sujeto trascendental

kantiano sigue presente y con ello un iusnaturalismo adosado a cualquier teoría del derecho y de la decisión judicial.

La pregunta planteada al comienzo parece no ser suficientemente trata o contestada. ¿Por qué es necesario que las respuestas jurídicas emanen de la moral? O lo que es lo mismo ¿Por qué el derecho necesita de la moral, o sin necesitarla, puede incluir argumentos morales para decidir? La pregunta nace desde la perplejidad moderna que entiende que la moral y derecho son sistemas normativos estancos o desvinculados uno de otros. De hecho, Nicolas Maquiavelo es considerado el primer hombre moderno porque es el primero en separar precisamente la moral de la política, dejando de lado una actitud medieval que no concebía tal hiato. El punto central de este entrampe es precisamente que la separación entre lo que es y lo que debe ser no tiene sus orígenes en la contraposición del derecho con la moral sino de ésta con la política. Las respuestas de Rawls y Habermas conciben, al igual que los primeros iusnaturalistas, que la razón es capaz de descubrir pautas de conductas valiosas o útiles universalmente, en tal sentido que nadie podría no estar de acuerdo si se deja guiar por las condiciones, a su vez también racionales, que sus doctrinas promueven. El análisis de Maquiavelo en cambio es sobre la realidad efectiva, sobre como las cosas son y no como deben ser. Su análisis agudo de la política no pone en entredicho o enjuiciamiento las maniobras de los grandes políticos, ni propone una forma de proceder al modo en que lo hiciera Platón y desde él tantos otros.

A partir de esta nueva actitud, una verdadera actitud moderna que se desembaraza de los dogmas religiosos y morales convencionales, la política adquiere un nuevo estatus, uno que permite analizarla sin miramiento a los argumentos morales¹⁰. Una determinada política, una determinada decisión de gobierno (de un príncipe), no puede y no debe ser enjuiciada en términos morales porque el análisis de la política no es sobre lo bueno o malo para la polis sino lo que es necesario y posible. La contingencia –o la fortuna como lo plantea Maquiavelo- juega un rol fundamental. El análisis de la política no es sobre lo que en abstracto es o debe ser el hombre, sino de lo que efectivamente es y ha sido. Lo que demuestra la historia, a juicio de Maquiavelo, es que las autoridades de una comunidad, pese a los

¹⁰ Para un breve acercamiento al respecto se puede consultar (Schenoni, 2007)

consejos de los más grandes filósofos y las enseñanzas de las escrituras, se comportan de un modo distinto, pues lo que está en juego permanentemente es el poder, y en ello solo existen relaciones de fuerza, o dos humores como él se refiere (Maquiavelo, 2005, pág. 72): Por una parte, los grandes que quieren dominar, y por la otra, el pueblo que no quiere ser dominado. En cambio, para Bentham y los positivistas, en su expresión máxima Austin, la contraposición es contra un dato empírico: la ley como voluntad soberana, y soberana en cuanto no obedece a otros que tienen el hábito de obedecer. La legitimidad de una norma jurídica se agota en ese dato. La ley es la ley porque emana de un soberano que manda y otros obedecen, sea por las razones que sea (aunque específicamente para evitar un mal, una sanción de modo que es racional obedecer).

En la tradición positivista entonces, que ley sea injusta o inmoral no le priva de su estatus de ley, de norma jurídica, sin embargo, al juez le es permitido crear norma pues al igual que el legislador debe materializar esa racionalidad práctica presente en los principios y en la costumbre depurada histórica y racionalmente. En cambio, para Bentham, al juez le estaba vetado decidir por sí mismo, para el caso en que le fuera imposible decidir porque simplemente no tiene regla que aplicar, debe remitir dicho problema al legislador, al soberano. Por supuesto que la tesis de Bentham se ve superada no solo por la impracticabilidad de dicha medida, sino también por el hecho de concebir ilusoriamente que solo en ocasiones muy específicas el juez se verá en tal situación. Por su parte, para Hart, al juez le es lícito actuar discrecionalmente solo en determinados casos (difíciles) y siempre que pueda por sí mismo encontrar una respuesta correcta.

Para acotar aún más dicha posición, Raz -uno de los discípulos de Hart- indica que la moral es objetiva, o al menos ciertos principios morales, lo que no es más que el retorno a la racionalidad práctica kantiana de un sujeto trascendente y monológico.

En la era post positivista el problema no se ha resuelto, por el contrario, planteo que se encuentra entrampado y que las propuestas de los nuevos positivistas no logran ofrecer una alternativa porque precisamente carecen de una actitud moderna. El debate sigue centrado entre moral y derecho, reivindicando solo un aspecto formal del positivismo, en

rigor, se trata de una mentalidad idealista, un debate neokantiano o neotomista sin ánimos de resolver los problemas prácticos que plantea.

Para Atria (2020), lo que caracteriza al positivismo jurídico es su renovada forma de ver el derecho, una mirada moderna del mismo. El derecho deja de ser la racionalidad moral misma expresada, en ocasiones en normas de muy distinto tipo, para pasar a ser solo la ley. La ley como producto de una voluntad política colectiva que la sanciona de tal manera, ley que además al ser escrita elimina en parte la incertidumbre que caracterizaba al derecho anterior. No solo ahora sino tampoco antes resulta imposible una aplicación automática del derecho, la aplicación de la ley requiere siempre de otros que lo hagan. El derecho moderno también se caracteriza por esta doble función. Por un lado, un legislador soberano y por el otro un aplicador mudo de la ley. Antes de esta separación que para nosotros es hoy obvia, la creación del derecho y su aplicación no eran tareas disociadas, y no se veía una incongruencia en aquello pues el derecho solo expresaba y sistematiza principios universales a los que la razón de cualquiera puede acceder con la debida reflexión.

Podemos rastrear el entrampe de este debate entonces hasta los orígenes mismos del positivismo, del derecho moderno. Este nace de una paradoja: mientras que la concepción de éste cambiaba radicalmente para considerar como tal solo a la ley, de modo que la costumbre tan incierta y nebulosa como arbitraria quedaba relegada, al mismo tiempo las nuevas organizaciones políticas que rompían con el viejo orden o el antiguo régimen, expresaban de manera muy orgullosa la consagración de derechos naturales, universales e inalienables (incluso provenientes de Dios) de modo que para su vigencia y respeto, los hombres tenían el deber de dotarse a sí mismo de un gobierno conforme a tal objetivo.

Si tal cuestión está en los orígenes del derecho moderno no podemos asombrarnos que décadas y siglos después el racionamiento siga utilizando tales conceptos, porque lo que verdaderamente esconde (sin querer esconderlo), es que esa concepción de ver el derecho (como orden normativo que contiene derechos naturales) corresponde con una cierta ideología ubicada espacial y temporalmente. Ideología que responde a un modo de ser, a una forma de vida, a un sentido común, el que no es otro que el modo de ser burgués de los

albores de la revolución capitalista de producción¹¹. Lo que esconde estas referencias, así como lo hace hoy cualquier juez que juzgue sobre la base de principios, valores o cualquier categoría similar, es el hecho de que esos derechos o forma de entender el derecho no emana de la racionalidad práctica sino de luchas sangrientas y fratricidas, en específico de la lucha de una nueva clase social que dejó atrás los privilegios de la aristocracia e implementó de modo exitoso su propia ideología consistente precisamente en una libertad e igualdad de los hombres, categorías también ideológicas que no responden a la efectividad de la cosa.

El problema que aquejaba al derecho pre-moderno era su incertidumbre, la que a su vez producía abuso. Por mucho que una persona poseyera un nivel de riqueza material, posesiones de tierras, medios de producción, personas a su servicio o incluso su propia milicia, no poseía los privilegios que una clase en particular tenía. La aristocracia y la realeza, por el orden de las cosas, pertenecían a una clase privilegiada, privilegios que también respondían a un orden natural, o un orden divino, que solo fue subvertido por una nueva forma de pensar, pero esa manera de pensar no es solo una reflexión o conjunto de reflexiones de personas concienzudas sino también fue una lucha política. Ahondar en como un nuevo pensamiento se forja es de suyo importante y revelador, pero desde luego que este no es el lugar para aquello, baste con decir por ahora, que el pensamiento mismo -la ideología- muta en la medida que la realidad efectiva, la objetividad misma también muta. Ningún cambio de pensamiento se hubiera producido si las cosas no hubieran sido como fueron, si la fortuna o la contingencia no fue lo que fue¹².

Volvamos a Bentham. Dije que este autor es el mejor reflejo de lo que es el positivismo. Tanto así que, para él, si el juez no tiene regla que aplicar debe remitir al legislador el caso concreto. Los derechos naturales le parecen un disparate porque no consisten en nada palpable, en cambio la ley, la orden de un soberano, sobre todo si es escrita, le parece que es lo único que ha de tenerse en cuenta. Eso sí no ve nada de malo, de hecho, promueve todo un orden nuevo del derecho, que tuviera mucho eco en las nuevas codificaciones de las tierras conquistadas, en específico el derecho civil, que responde a los

¹¹ Para una mayor profundización se puede consultar (Lizárraga, 2013).

¹² En este sentido ver (Cornejo, 2023, pág. 72)

intereses de la libre circulación de las mercancías, y que supone a hombres libres e iguales. Si decimos que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos como dicen la declaración del hombre y del ciudadano y repite nuestra constitución, ¿No estamos acaso adoptando una concepción iusnaturalista de los derechos? ¿Por qué no declarar “los hombres no nacen ni libres ni iguales, pero luego de años de lucha hemos conquistado este modo de considerarnos y tratarnos mutuamente en un aspecto político, reconociendo que en los hechos no hay tal libertad ni tal igualdad? El problema que se produce cuando un juez falla conforme a principios o valores morales es el mismo, el relegar y menospreciar la lucha política que es fuente material de esos derechos. De modo tal que el reproche de la argumentación con base en principios morales no es solo que falle ahí donde no hay ley, sino que toda argumentación con base en principios morales, a un razonamiento moral es abstracto y hace oídos sordos a la fuente material del derecho, es decir a la política, de modo tal que debemos ahora establecer de qué forma la política, o lo político, debe ser recogido por la interpretación jurídica y superar así todo atisbo de iusnaturalismo.

Los nuevos positivistas como Atria¹³, Rosler¹⁴ o Garcia Amado¹⁵, reivindican la legislación y estas ideas benthamitas respecto del derecho. Su reproche a los iusnaturalistas

¹³ Para Atria, el valor de la legislación encuentra su lugar, desde una perspectiva neotomista del derecho -del derecho como orden teleológico- en las decisiones democráticas de los sujetos (en lugar de los jueces). El derecho como institución es el fruto de ciudadanos libres, y pueden considerarse legítimas porque han sido formalmente producidas, máxime la ley. Atria nos pide una actitud servil y santurrón ante la ley. Debemos considerarla como obligatoria porque “sacramentalmente” participamos de ella, debemos convencernos de que es en beneficio de todos. “La brecha entre el sentido formal y el sentido sustantivo solo puede ser salvada (si puede ser salvada) por una comprensión sacramental de la Ley” (Atria, 2016, p. 460). La visión del autor no solo es idealista sino además regresiva. Nos exhorta a aceptar las cosas como son y renunciar a resolver la contradicción en el plano de la lucha política.

¹⁴ Para Rosler, el positivismo es una historia progresiva o progresista en orden a mantener la autoridad del derecho (del Estado), siendo la interpretación de la ley en muchos casos una verdadera subversión. “El derecho moderno, por lo tanto, solo puede tener éxito si logra transformar la cuestión material de cuáles creencias o proposiciones son verdaderas a una cuestión mucho más general y formal acerca de la decisión o del juicio de quién es el que ha de pronunciar el juicio autoritativo o considerado como verdadero” (Rosler, 2022, p. 181). El pensamiento idealista del autor es similar al de Habermas, desconocer que los debates democráticos raramente son el consenso calmo de la lucha política, y no más bien la imposición privilegiada de los que tienen voz y cuentan.

¹⁵ Garcia Amado nos dice que el derecho refleja un acuerdo: Ante la disputa social “se inventaría la democracia como procedimiento para crear derecho positivo vinculante para todos por encima de los juicios morales de cada uno. Por eso puede sostenerse que, en su fundamento como sistema jurídico-político de una sociedad reconocidamente pluralista, la democracia exige el positivismo en el modo de identificar y nombrar el derecho. La democracia supone el acuerdo para sentar y hacer en común vinculantes, bajo la forma de derecho, las normas sobre las que discrepamos, pero que, por versar sobre asuntos importantes para la convivencia colectiva,

o iusmoralistas se centran no tanto en la idea de principios, sino en la ponderación, máxime contra los neoconstitucionalistas y su postura abiertamente antidemocrática del juego de mayorías expresados en la legislación. El escozor de constitucionalizar los debates en toda sede y dejar al juez la decisión que, en germen se encuentra en el texto constitucional, es atendible, pero no resuelve la paradoja moderna que se ha explicado supra. El problema persiste si entendemos que necesariamente una decisión indecible se ha de tomar, y ese momento de locura¹⁶ tiene su lugar en el ámbito constitucional, sobre la base de principios, a un fundamento que debe encontrar su sustento en nada más trivial que un “es así como actuó”. Esto desde el ámbito teórico se traduce en las relaciones de fuerza o las luchas políticas que buscan establecer y afianzar nuevos significados: en una teoría de la hegemonía.

IV. A modo de conclusión y el atisbo de una propuesta

El carácter contingente de la política no es otra cosa que el carácter mismo del lenguaje, pues la lucha por el significado es también una lucha por el poder. De esta forma el neoconstitucionalismo tan criticado por los nuevos positivistas, son la expresión máxima de esta negación y, sin embargo, de ella tampoco escapan sus exponentes.

Las instituciones jurídicas, incluyendo la constitución, no “laudan” los conflictos morales –en el sentido de expresar una última palabra sobre la verdad o el mejor argumento moral de alguna cuestión- sino que posibilitan la acción colectiva, de acuerdo con criterios convencionales que todos pueden reconocer por su forma (aunque no todos compartan su sustancia). Si se acepta la contingencia, el orden jurídico no puede estar “constitucionalizado” en el sentido que sostienen (o se atribuye a) los neoconstitucionalistas (Marquisio, 2018, p. 69)¹⁷.

tienen que ser normas que rijan para todos” (García Amado, 2012, p. 17). El punto ciego e idealista del autor es considerar que la ley siempre expresa ese acuerdo, desconociendo una vez más la realidad efectiva de la cosa, de la cual la ley no puede escapar y que la contradicción entre lo que se dice y lo que se hace es siempre a favor de una pocos en desmedro de muchos.

¹⁶ Para mayor profundización ver (Cornejo, 2023, pág. 28)

¹⁷ El autor reclama la constante institucionalización de los que entendemos por un vivir bien o bien común, de manera tal de respetar la ley en cada decisión judicial. Si bien este punto es progresista en comparación con el neoconstitucionalismo, sigue entrampado, al igual que Rosler o Atria, en la idea de que la ley es capaz de reflejar esa contingencia, cuando precisamente el problema es que esa institución es incapaz de reflejar una voluntad general, pues es el fruto de una representación.

Se debe estudiar en qué sentido la ley expresa un pensamiento moderno. Según Atria la ley expresa el derecho moderno en cuanto es la voluntad del pueblo, de la voluntad soberana en los términos del artículo 1 del Código Civil chileno. Pero ello es solo una parte de lo moderno, una parte importante, pero no lo es todo. Siglos antes de la idea de ley, también había una idea moderna. La ley como producto de la voluntad soberana, incluso de la monarquía, es una parte culmine de un proceso mayor y anterior. Lo que ha de buscarse en la ley de moderno también es que es eficiente, es virtuosa en el sentido de *virtù* de Maquiavelo porque permite la creación de Estados nacionales que no es otra cosa que la eficiencia del poder político. La ley da certeza por su carácter abstracto y universal (territorial) y permite eliminar derechos estatutarios, es eficaz en ese sentido. Atria y otros responderían que precisamente lo que hace el juez al interpretarla o ponerla entre paréntesis, es negarle su *virtù*. Mi postura es que interpretar la ley (aplicarla) siempre implica actualizarla y con ello no niega su *virtù* sino que se fortalece, porque si solo la aplicamos (sin más) solo ahondaremos los sentimientos de injusticia o de desigualdad, por lo que todo buen juez debe dar razones de su aplicación con tal de reforzar su carácter virtuoso (de la Ley, y no de tal o cual ley).

El problema es que siempre un caso puede ser complejo y vamos a llegar a un punto en que no hay reglas sino solo principios, y aquí el juez aplica la constitución que es un principio porque no tiene reglas que le digan cómo aplicarla, por lo tanto, no hay otro camino que volver a la fuente, que no es otra que la realidad efectiva, a la política. La política entendida como las cosas como son y no como deberían ser. Una verdadera postura moderna al problema. En este sentido la *virtù* adquiere una connotación estrechamente ligada a lo político, pues su núcleo es la disputa agonista (Honig, 1993), esto es la constante negación de un cierre final, el reconocimiento de la indecibilidad en torno a lo político.

¿Qué significa retornar a la política? Significa rescatar el principio democrático, pero no aquel que entiende por aquello la estrecha noción de democracia liberal, de parlamentarismo y sufragio universal, significa la idea de legitimidad, de autogobierno. Al contrario de estas corrientes liberales, pensamos que decidir con base en *a priori* es totalitario y no neutro o apolítico, pues no existe *una* moral ni menos una objetiva (al menos en el sentido de objetividad que los liberales atribuyen). La decisión de esos valores, aunque

sea de un supuesto espíritu del derecho menosprecia y relega la política y por tanto la capacidad de autogobierno.

Las leyes, la constitución, el derecho, no provienen de una imparcial búsqueda de una verdad universal, de un hombre abstracto, sino que se encuentran historizados. El derecho, al igual que la moral son fruto de la acción viva de los hombres, de esa objetividad que tiene un principio y está sujeta a un fin, no existen nada que no esté sujeto a la crítica y al cambio. La *virtù* de la ley radica en recoger o aprovechar de manera legítima la fortuna. Esto no es otra cosa que la ley ha de responder al constante devenir, al cambio del contexto de lo social. Ha de responder y estar a la altura de la ocasión. Resulta ilegítimo cerrar el debate amparado en supuestos valores universales o en verdades inmutables. El derecho y la actividad judicial no escapan a ello. No existe una integridad del derecho que se sobreponga a la realidad efectiva de la cosa, al sentido común o a las formas de vida, que en el lenguaje reflejan lo social. El aborto, la privacidad, el derecho a la salud, etc. reflejan una tensión que solo el derecho puede aquilatar, pero para ello esa decisión de lo indecible debe ser legítima, y la legitimidad solo encuentra amparo en la política. A su vez la política ha de ser vista como *lo político*¹⁸, como la constante lucha de fuerzas; de los antagonismos que luchan por la atribución de significados.

Para retornar a la política desde este campo de lo jurídico hace falta una categoría de interpretación distinta (en sede constitucional), una que dé cuenta de los usos del lenguaje, o para aún mejor entendimiento, de las formas de vida que ese lenguaje refleja. El significado de un significante no es el producto de los mejores argumentos, de una verdad evidente, pues no se trata de un problema metafísico o teórico, sino un problema práctico. El significado adquiere valor en cómo las cosas son y no en cómo deberían ser (según algunos), por lo que ese uso no es otra cosa que la balanza de la lucha política, de la hegemonía presente, que aunque contingente y particular, asume un carácter permanente y universal, una ficción que solo el derecho le brinda, y que, con tal de mantener la promesa democrática, no clausura el

¹⁸ Al respecto sigo de cerca la conceptualización de Chantal Mouffe para quien lo político es “una dimensión antagónica que es inherente a todas las sociedades humanas”. (Mouffe, 2013, pág. 22)

debate, no pretende inmovilizar ese significado, sino dejarlo siempre expuesto a la contingencia, al cambio de hegemonía¹⁹.

La teoría de la hegemonía resulta vital para aquello. Piénsese, por ejemplo, en que la categoría de derechos fundamentales no es sino el reflejo de la ideología y hegemonía de la sociedad burguesa, ideología que aún se mantiene incólume, pero que sin una adecuada interpretación mantiene en su seno la totalitaria idea de un fin de la historia, de una verdad absoluta y universal dada a la razón, desconociendo que su origen es tan profano y terrenal como cualquier otro (la lucha y la conquista política).

El momento de locura de la decisión se intenta enmascarar con argumentos y la razón, si esos argumentos remiten a la moral se soslaya a la política que es de donde proviene el derecho. Surge la pregunta entonces ¿Qué elemento político se puede utilizar para decidir? Es la hegemonía la que salva la cuestión porque tiene su origen en la política misma, en la universalidad y contingencia de lo político, y sobre todo, en la fuerza de esa hegemonía que reclama del derecho ser reconocida. Esto significa un desafío que hace necesario un juez Penélope, capaz de mantener la promesa democrática envuelta en la noción de hegemonía²⁰. A diferencia del juez hércules de Dworkin, que necesita de una sabiduría, conocimientos y aptitudes sobrehumanas, el juez Penélope solo demanda estar inserto en los problemas prácticos de la sociedad en que vive y una aptitud realmente moderna frente a ellos. La promesa de la democracia como a-venir solo puede ser custodiada en la forma que Penélope -en La Odisea- aguarda a su esposo Ulises. La historia como un tejido siempre interminable.

Referencias

Aldunate, Eduardo, 2010: “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, *Revista de Derecho*, Vol. 23, N° 1.

¹⁹ Un argumento recurrente contra ideas como esta es que el derecho o el Estado no puede quedar sujeto a lo que está de moda, a las mayorías circunstanciales a ominosos pensamientos como el nazismo o el comunismo totalitario. Se pierde de vista en este caso que todo orden descansa precisamente en ello y que lo único que puede resolver la cuestión es reconocer lo contingente, tener una actitud democrática en el sentido de aceptar que ese orden es siempre provisorio, es siempre un reparto injusto, una decisión de lo indecible, por tanto, nunca un punto final.

²⁰ Ver Suzano Machado, 2014.

- Atria, Fernando, 2016: *La forma del derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- Bárcena & Tajadura Tejada, 2022: *Kelsen vs Schmitt: política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Madrid: Guillermo Escolar.
- Bulloch, Penélope y Raz, Joseph, 1997: *Post scriptum al concepto de derecho*, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cornejo, Tomás, 2023: *Hegemonía 2.0*, Valparaíso: Voces Opuestas
- Dworkin, Ronald, 1984: *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel.
- Etcheverry, Juan, 2015: *Enciclopedia y teoría del derecho*, vol. 2, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx>
- García Amado, Juan Antonio, 2012: “Positivismo Jurídico”, disponible en https://ideibo.weebly.com/uploads/5/4/3/9/54395045/positivismo_jur%C3%8Ddico.pdf
- Gonzalez, María de la Luz y Aspe, Miguel Ángel, 2015: “El debate Hart – Dworkin: una introducción a la discusión”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Vol. 65, N° 263.
- Hart, Herbert L.A., 2012: *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Habermas, Jürgen, 1998: *Facticidad y Validez*, Madrid: Trotta.
- Herrera, Manuel, 2003: “Lenguaje y acción en la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 121.
- Honig, Bonnie, 2007: Between Decision and Deliberation: Political Paradox in Democratic Theory, *The American Political Science Review*, Feb., 2007, Vol. 101, No. 1 (Feb., 2007), pp. 1-17
- Lizárraga, Fernando, 2013: “Apogeo y caída de la felicidad burguesa. La crítica marxista al utilitarismo clásico”, *Revista de Teoría Clásica y Moderna*, Vol. 3, N° 4.
- Marquisio, Ricardo, 2019: “Argumentos positivistas en la era post positivista”, *Revista de derecho (UCUDAL)*, año 15, N° 19.
- Mouffe, Chantal, 2013: *Agonística*, Buenos Aires: FCE
- Müller, Oliver, 2014: “La teoría lingüística de Noam Chomsky: del inicio a la actualidad”, *Revista Lenguaje*, Vol. 42, N° 2.
- Orrego Sánchez, C. (1). El giro lingüístico en la filosofía y la jurisprudencia analítica de H. L. A. Hart. *Revista De Derecho* (Coquimbo. En línea), (3), 55-59. Recuperado a partir de <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2295>

Rosler, Andrés, 2019: *La ley es la ley*, Buenos Aires: Katz editores.

Suzano Machado, Igor, 2014: Laclau and Mouffe's Theory of discourse and hegemony: a possible approach to law and its integrity?, *Archivo de filosofía jurídica y moral*.

Schenoni, Luis, 2007: El concepto de Lo Político en Nicolas Maquiavelo, *Revista Andamios*, Vol. 4, Num, 7.

Philip Schofield (2003). Jeremy Bentham's 'Nonsense upon Stilts'. *Utilitas*, 15, pp 1-26
doi:10.1017/S0953820800003745 Wittgenstein Ludwig, 2021: *Investigaciones filosóficas*, Madrid: Trotta.

Wittgenstein Ludwig, 1979: *Sobre la certeza*, Madrid: Gedisa.

Fluxo editorial/Editorial flow

Recebido em 12.11.2024

Aprovado em 12.12.2024

Publicado em 05.11.2025

Nota dos Editores:

Para os textos de autores(as) estrangeiros(as) que compõem o presente Dossiê optou-se em preservar a formatação e normatização atribuída pelos seus respectivos autores(as).