



La normatividad como objeto: doctrina, teoría, metateoría

Ricardo Marquisio Aguirre

Profesor Agregado de Filosofía y Teoría General del Derecho (UDELAR)

rmarquisio@gmail.com

Resumen

El propósito de este artículo es distinguir entre tres modos de abordar la normatividad jurídica en las disciplinas que toman al derecho como objeto de estudio. Las variantes de la normatividad que voy a considerar son la formal, la conceptual y la funcional. La primera aparece ligada a la doctrina. La segunda es la tematizada por la teoría general del derecho a partir del desarrollo del positivismo jurídico como proyecto conceptual y descriptivo. La tercera variante ha llevado a la constitución reciente de un campo de la filosofía práctica, la metanormatividad, originado en la metaética, conectando a todas las disciplinas que se enfrentan al problema de la caracterización normativa de la agencia práctica (moral, ética, derecho). El reconocimiento de estas distinciones es útil para despejar algunos equívocos que suelen plantearse en la teoría y práctica jurídica acerca de cuestiones tales como las consecuencias de la inclusión de términos morales en las normas jurídicas, el sentido del lenguaje de los derechos y la relevancia argumentativa de la Constitución, entre otros.

*Normatividad jurídica, doctrina, teoría del derecho,
metanormatividad*

Abstract

The aim of this paper is to distinguish between three ways of approaching legal normativity in the disciplines that take law as the object of study. The varieties of normativity that I am going to consider are the formal, the conceptual and the functional. The first appears linked to doctrine. The second is the one thematized by the general theory of law since the development of legal positivism as a conceptual and descriptive project. The third variant has led to the recent

constitution of a field of practical philosophy, metanormativity, originating in metaethics, connecting all disciplines that face the problem of the normative characterization of practical agency (moral, ethics, law). The recognition of these distinctions is useful to clear up some misunderstandings that usually arise in legal theory and practice about issues such as the consequences of the inclusion of moral terms in legal norms, the meaning of the language of rights and the argumentative relevance of the Constitution, among others.

Legal normativity, doctrine, theory of law, meta-normativity

Resumo

O objetivo deste artigo é distinguir três formas de abordagem das normas jurídicas em disciplinas que têm o direito como objeto de estudo. As variantes da normatividade que considerarei são a formal, a conceitual e a funcional. A primeira aparece vinculada à doutrina. A segunda é a tematizada pela teoria geral do direito a partir do desenvolvimento do positivismo jurídico como projeto conceitual e descritivo. A terceira variante levou à recente constituição de um campo da filosofia prática, a metanormatividade, originada na metaética, conectando todas as disciplinas que enfrentam o problema da caracterização normativa da agência prática (moral, ética, direito). O reconhecimento dessas distinções é útil para esclarecer alguns mal-entendidos que geralmente surgem na teoria e prática jurídicas sobre questões como as consequências da inclusão de termos morais nas normas jurídicas, o significado da linguagem dos direitos e a relevância argumentativa da Constituição, entre outras.

Normatividade jurídica, doutrina, teoria do direito, metanormatividade

1 Introducción

Los seres humanos interactuamos bajo el supuesto de que ciertas acciones son susceptibles de significación normativa, en tanto las consideramos buenas o malas, correctas o incorrectas. Al requerir a alguien determinada conducta, al valorar ciertas prácticas sociales como apropiadas o inapropiadas, al exigir que las instituciones nos reconozcan un derecho o sugerir reglas de comportamiento para el grupo al que pertenecemos, estamos introduciendo (o presuponiendo) pretensiones normativas. En este sentido, la normatividad resulta omnipresente en la vida social.

Cuando hablamos de *derecho* como objeto de estudio nos referimos a un amplio y heterogéneo conjunto de fenómenos que involucran múltiples dimensiones, susceptibles de ser abordadas desde distintos enfoques y áreas del conocimiento. Dentro de esas dimensiones, la normativa aparece como básica e irreductible: ¿cuál sería el propósito de introducir regulaciones para la vida social si no suponemos que estas generan deberes y permitan valorar la conducta de sus destinatarios? El derecho -a través de sus instituciones- nos exige acciones, nos proporciona parámetros para valorar estados de cosas, nos habilita a formular reclamos. Concebir a los enunciados jurídicos -enunciados por los que se prescribe, valora, y atribuye derechos- como formando parte de un sistema normativo es una condición necesaria para su identificación, interpretación y cumplimiento.

La caracterización normativa de la obligación jurídica es predominante en la filosofía jurídica contemporánea. Esto significa que la obligación es definida, no por el curso de acción que en los hechos adopten sus destinatarios o que resulte más probable que sigan, en función de las previsibles consecuencias del incumplimiento, sino por los propios requerimientos que especifican el curso de acción que *deberíamos* adoptar. Este *deberíamos* (al menos) implícitamente implica un juicio de valor sobre lo correcto y lo incorrecto: si algo es obligatorio jurídicamente, entonces debería realizarse y hacerlo resulta el curso de acción correcto. (Berteau, 2021).

A su vez, disciplinas como la *doctrina* (o *dogmática jurídica*¹) y la *teoría general del derecho*, constituyen aproximaciones al fenómeno jurídico que tienen, entre sus tareas centrales, dar cuenta de esa dimensión normativa, es decir, hacer explícito aquello que exige, permite valorar y habilitar a reclamar el derecho y en qué sentido lo hace.

2 La cuestión normativa y el derecho

La formulación de juicios normativos tiene sentido con relación a la virtual totalidad de las prácticas humanas. En el fútbol es correcto convertir un gol con el pie o la cabeza, pero no con la mano. En una convención de cazadores se considera apropiado elogiar a alguien por matar de modo eficiente a un gran número de animales, mientras que lo contrario ocurrirá en un encuentro de promoción del veganismo. Mentir a un amigo para ocultarle que hemos perdido el libro que nos prestó es valorado como incorrecto, desde una comprensión corriente de la moral, mientras que se elogia al novelista por inventar una bien construida trama ficticia que hace verosímil la existencia de personajes inventados.

Usamos términos normativos para formular pretensiones sobre lo que (nosotros mismos y) otras personas deben o no deben hacer, pensar, valorar, sentir. Los usamos para prescribir, prohibir, aconsejar, autorizar. Un concepto que resume las distintas variantes de usos normativos es *justificación*: una vez invocadas y reconocidas determinadas exigencias normativas, no tiene sentido la crítica basada en su cumplimiento.

Las pretensiones normativas, como la adscripción de corrección a una conducta e incorrección a otras, presuponen *sistemas*. El reglamento del fútbol es un sistema normativo, así como lo son las reglas de etiqueta de un club social, las normas de prudencia, los protocolos de investigación científica, el manual de buenas prácticas de una empresa y, por supuesto, el derecho y la moral. Un sistema normativo puede estar conformado por un conjunto de reglas explícitas o (total o parcialmente) implícitas y también por formas más difusas de identificación como el parecido de familia (Ver Baker, 2018).

¿Cómo delimitar el dominio de la normatividad? Una aproximación lexicográfica nos indica que puede caracterizarse como *normativo* aquello que involucra o hace referencia a una norma. Normalizar es atribuir medida a algo en función de un cierto estándar. Si una práctica admite ser comparada con algún estándar entonces tiene significación normativa. Wedgwood distingue tres sentidos principales en que los filósofos usan la palabra *norma*. En un primer sentido, *norma* refiere a aquello que sirve de modelo o estándar para el pensamiento o la conducta. Por ejemplo, las normas epistémicas son los procedimientos que uno debe seguir si quiere razonar de modo competente. En un segundo sentido, en el contexto de prácticas sociales, se habla de normas con referencia a las regularidades en el comportamiento de la (aproximada) unanimidad de miembros de un grupo o población. Este segundo sentido cobra especial relevancia cuando se habla de prácticas institucionales como el derecho. Ambos sentidos no son excluyentes pues las regularidades de conducta en los grupos sociales suelen funcionar como estándares que guían el pensamiento y la acción de sus miembros. Un amplio conjunto de prácticas que involucran normas en los dos sentidos mencionados (instituciones sociales, reglas de los juegos, estándares de etiqueta, manuales de corrección de estilo) conforman lo que se denomina *normatividad formal*. Sin embargo, hay un tercer sentido de *norma*, entendida como principio general acerca de cómo las personas, en tanto seres racionales, *deberían* actuar o pensar. Wedgwood ejemplifica este tercer sentido de *norma* en la caracterización que hace Kant sobre la ley moral como la base y norma suprema del juicio correcto sobre la conducta humana. A este tercer sentido de *normatividad* se le llama *robusta* (Wedgwood: 2018)².

Los dos primeros sentidos parecen innegables, en tanto las acciones humanas resultan imposibles de comprender si no presuponen estándares de corrección que remiten a sistemas normativos. No podemos pensar en juegos sin reglas, razonamientos sin pautas de corrección o instituciones sin deberes atribuidos a sus miembros y que estos cumplan con regularidad. Necesitamos, en sentido instrumental, de la normatividad formal cualesquiera sean nuestros fines, intereses y ambiciones. Por eso el *escepticismo normativo*, esto es, la idea de que nada puede contar como una genuina razón para nadie, es una idea muy difícil de defender y hasta de entender.

El tercer sentido, en cambio, es mucho más complicado pues requiere pensar en un sistema normativo no contingente u opcional, que sea aplicable a todos los seres dotados de racionalidad³. Puede decirse que, como mínimo, los seres racionales están vinculados por las reglas de la racionalidad epistémica que obligan, por ejemplo, a tener en cuenta los hechos relevantes y las reglas de inferencia para arribar a la conclusión correcta sobre alguna cuestión. Pero incluso en este punto surge una pregunta abierta: ¿debo ser racional? En el ámbito de la moral se advierte una dificultad adicional porque los estándares de corrección que verifican nuestros juicios tienen (al menos en una aproximación superficial) una existencia muy diferente a la de los hechos naturales, si es que tienen alguna, lo que ha dado lugar a un prolongado debate sobre la objetividad moral, con posturas que van desde el realismo robusto hasta el escepticismo radical⁴.

Sin embargo, cualquiera sea la respuesta que se dé al problema de la verdad moral, el caso es que el discurso moral presupone un sistema normativo aplicable a todos los individuos racionales que son aquellos capaces de reconocer ciertas razones y obrar de acuerdo con ellas. La moral pretende un tipo de normatividad necesaria, robusta o autoritativa, la cual, si sus pretensiones son justificadas, prevalece sobre los restantes sistemas de normativos contingentes que se aplican a algunas personas en función de sus particulares intereses, vínculos de pertenencia, roles, etc. Las reglas del fútbol se me aplican solo si quiero jugar al fútbol, el manual de buenas prácticas de una organización rige mi conducta si elegí pertenecer a ella. En cambio, la moral, si sus pretensiones son justificadas, se me aplicaría por el solo hecho de poder reconocerlas, sin la opción de evitar que constituyan estándares relevantes para juzgar mi conducta.

¿Y el derecho? Sobre el fenómeno jurídico y la cuestión normativa pueden identificarse tres preguntas diferentes que, aunque íntimamente relacionadas entre sí, requieren respuestas específicas. La primera es en qué sentido obliga el derecho. La segunda, si la normatividad

jurídica puede autonomizarse por completo de la normatividad moral. La tercera refiere a la función normativa del derecho con relación a la moral, en el entendido de que la moral sería el caso paradigmático de normatividad robusta.

A la primera pregunta puede contestarse que el derecho es un sistema normativo formal en cuanto es posible considerarlo como una (compleja) entidad cuyas declaraciones tienen, con independencia de otras consideraciones, significación deóntica. A la segunda, que la completa autonomía normativa del sistema jurídico solo es posible al costo de no ofrecer, en cuanto tal, ninguna razón para que los jueces deban aplicar sus reglas. Es decir, formular un concepto de derecho que dé cuenta de cómo es posible identificar la totalidad de los enunciados jurídicos desde una perspectiva moralmente no comprometida es posible, pero dicha identificación no proporciona, por sí sola, razones concluyentes para que alguien actúe. A la tercera, cabe responder que el derecho cumple una función normativa solo si puede justificarse la necesidad, para agentes racionales obligados por (el conjunto de sus compromisos normativos que incluye) razones morales, de orientarse por los criterios de acción establecidos por las reglas jurídicas.

Mientras la dogmática requiere considerar al derecho como un sistema normativo formal, la teoría general ha buscado establecer un concepto de derecho que dé cuenta de una normatividad *sui generis* o no moral. A su vez, la metanormatividad enfrenta el problema de la función del discurso y la práctica jurídica en el contexto de la caracterización (y justificación) de la normatividad moral (robusta o autoritativa).

¿Por qué el derecho es un sistema normativo formal? Básicamente, porque posee una deontología institucional. Un sistema jurídico está compuesto por hechos institucionales de significación deontológica. Tal como afirma Searle, una institución es una entidad a la cual se le atribuyen poderes deónticos. Por ejemplo, mientras la religión no es una institución pues la mera creencia en Dios no es fuente de deberes sociales, una iglesia en particular (católica, anglicana, mormona) sí lo es, en tanto puede crear derechos y deberes para sus miembros. Cada institución implica una específica deontología implicada por su descripción. Los hechos institucionales se constituyen en base al uso del lenguaje (o alguna otra forma de simbolismo) para crear una realidad al representarla como existente. Las instituciones producen obligaciones a través de reglas constitutivas del tipo: *X cuenta como Y en el contexto C*. Estas reglas no tienen como función lograr una forma específica de comportamiento sino *hacer del caso algo representándolo como siendo del caso*. Las reglas constitutivas son declaraciones acerca de las condiciones bajo las cuales ciertos hechos institucionales serán creados. Estas declaraciones permiten crear una compleja deontología de entidades que van desde una confederación de

estados a un club social. Para crear y mantener una realidad institucional se requiere una intencionalidad colectiva, la asignación social de funciones de status y un lenguaje suficientemente rico como para crear declaraciones que atribuyen las funciones de status, incluyendo reglas constitutivas. El reconocimiento colectivo de hechos institucionales, junto con la comprensión de los participantes de la deontología que implican, hace posible que ocupen un lugar distintivo en la racionalidad humana proporcionando razones específicas para la acción (Searle, 2010: 93-102).

El caso es que el reconocimiento de un sistema jurídico como tal supone aceptar la condición de constitutivas de ciertas declaraciones que atribuyen a algunas personas (autoridades) la posibilidad de crear (bajo determinadas condiciones) deberes que cuentan como razones para la acción. Siguiendo el análisis de Searle puede afirmarse que la ontología última del derecho se reduce a estas declaraciones, que, en una práctica dinámica de reconocimiento colectivo y actualización colaborativa, permite el cumplimiento de fines sociales muy amplios⁵.

Así, entendemos la constitución de un Estado como un conjunto de declaraciones según las cuales se crean los poderes y las reglas de funcionamiento básico del estado, y se atribuyen derechos y deberes a un conjunto de personas (autoridades, ciudadanos, habitantes de un territorio). Los parlamentarios se remiten a estas declaraciones y reivindican la función de estatus que estas les atribuyen a la hora de hacer sus propias enunciaciones acerca de cómo deberían comportarse las personas y sobre cómo ciertos hechos dan lugar a realidades institucionales. La constitución puede entenderse como una declaración que autoriza otras declaraciones, como las de los legisladores, que a su vez autorizan otras, como las de los particulares que crean un club social o las de los jueces que disponen la detención de personas penalmente acusadas. El tipo de declaraciones que constituyen las reglas jurídicas contienen enunciados de deber concreto (los jueces deben abstenerse de participar en la política partidaria), enunciados sobre la creación de hechos institucionales (el Poder Ejecutivo actúa por Acuerdo o Consejo de Ministros) y otras valoraciones como las declaraciones de derechos vagos y abstractos (como los artículos 7 y 72 de la Constitución uruguaya).

3 La doctrina y la normatividad formal

Un estudio del derecho que los participantes de la práctica jurídica reconocen como expresión académica de su discurso corriente es la *doctrina o dogmática*. La investigación dogmática está orientada principalmente a determinar (explicitar) el contenido del derecho y establecer los deberes que tienen sus destinatarios, anticipando la solución de problemas o conflictos jurídicos (*sententia ferenda*). Pese a que se suele presentar como *ciencia del derecho*, la *doctrina* no

puede ser considerada una actividad científica en tanto no se limita a una descripción neutral o desprovista de carga axiológica del derecho vigente, sino que participa, de diferentes maneras, en la creación de este (Guastini, 2017: 366).

Para la dogmática, la autonomía normativa de lo jurídico opera como un presupuesto general de sus investigaciones pues estas que requieren tomar el derecho⁶ como *un* sistema sobre el cual pueden hacerse afirmaciones objetivas o no comprometidas axiológicamente. Es evidente que los dogmáticos no se limitan a describir en forma neutral los enunciados de las fuentes sociales, sino que de modo continuo e inevitable formulan juicios de valor (como cuando se sostiene que una interpretación es preferible a otra por razones de seguridad jurídica o justicia, o que cierto derecho no mencionado por la constitución está, sin embargo, *incorporado* a esta) pero cuando lo hacen se justifican en que los valores a los que acuden son parte del propio sistema, lo que permite que sus juicios se presenten como imparciales (Nuñez Vaquero, 2014).

En el marco del sistema normativo, se asume que hay autoridades e instituciones competentes para introducir reglas generales de comportamiento y autoridades e instituciones con la competencia de aplicar esas reglas generales y crear normas individuales (deberes concretos de comportamiento). En términos generales, las instituciones legislativas crean reglas de comportamiento y las jurisdiccionales aplican esas reglas, establecen deberes concretos y creando normas individuales⁷.

Mediando entre ambos tipos de instituciones, la dogmática realiza una reconstrucción interpretativa del lenguaje de las fuentes sociales y determina los contenidos del derecho. La tarea de la dogmática es sumamente relevante (esencial en cualquier sistema complejo) en tanto descarga a los jueces de la tarea de realizar por sí mismos esa reconstrucción, al menos en un gran número de casos. La dogmática tiene así un papel preponderante en la elaboración del derecho en su sentido doctrinal, es decir, en la presentación de los enunciados que constituyen el conjunto de estándares que los prácticos consideran, en el sistema normativo de referencia, relevantes para resolver los casos jurídicos.

Para ser posible, la tarea dogmática necesita reconocer al derecho como sistema normativo formal autónomo y no puede atribuirle una normatividad más robusta.

Lo primero, por cuanto, la justificación de los enunciados dogmáticos se remite a otros enunciados, aquellos provenientes de las fuentes sociales del derecho, identificados a partir de cadenas de validez que culminan en regulaciones jerárquicamente dominantes (las constituciones o los pactos internacionales). Esto no quiere decir que los enunciados dogmáticos sean una mera paráfrasis de los enunciados de las fuentes sociales (esto obviamente es falso)

sino se presentan como la mejor reconstrucción de estos, superando sus deficiencias (ambigüedades, vaguedades, errores). El supuesto es que, *dentro del sistema*, se crean deberes, se atribuyen derechos, se valoran conductas y que la dogmática realiza la mejor reconstrucción posible de esas formulaciones normativas.

El discurso de la doctrina presupone la idea de que sus afirmaciones tienen legitimidad política y teórica dentro de lo que Alchourrón denominaba *concepción del Sistema Maestro*, un ideal según el cual el derecho, como herramienta para organizar la vida de una sociedad, requiere pautas generales de conducta que guíen las acciones que pueden ser o no realizadas. Esto hace necesaria la formulación explícita de las reglas diseñadas para esa función, bajo el supuesto de que las decisiones particulares serán tomadas en concordancia con las reglas relevantes del conjunto. Alchourrón caracteriza el ideal del Sistema Maestro según los siguientes principios: A) Inexcusabilidad: los jueces deben resolver todos los casos que juzgan dentro de su competencia (competencia exhaustiva de los jueces); B) Justificación: las decisiones judiciales requieren fundamentos, a través de razones que deben ser expuestas (eliminación de la arbitrariedad de las decisiones); C) Legalidad: las decisiones judiciales deben ser fundadas en normas jurídicas del Estado (restricción de la selección de fundamentos); D) lo anterior no puede implicar una obligación imposible de satisfacer por lo que: E) en todo sistema jurídico hay normas que proveen fundamentos para resolver todo caso posible (completitud) (Alchourrón, 2010: 157-159).

La legitimidad del discurso dogmático está precisamente en su aptitud para proveer una reconstrucción sistemática de esas normas generales (reglas). La dogmática nos dice cómo valorar jurídicamente las conductas de los participantes de la vida social y nos permite identificar las obligaciones que, de acuerdo con el ideal del Sistema Maestro, tenemos. Es cierto que, como el ejecutante de un instrumento que inserta notas apócrifas en la partitura que interpreta, la dogmática crea normas, por lo que sus construcciones pasan a formar parte del propio derecho (Guastini, 2017: 371). Pero la justificación de sus creaciones solo puede tener como marco de referencia a los enunciados de las fuentes sociales, que validan la generalidad de las reglas.

La propia idea de *crear derecho*, en el sentido de dar contenido explícito a las declaraciones de un Sistema Maestro solo es posible si las exigencias prácticas (deberes) que en este se pueden identificar se aíslan del conjunto de razones (en principio) relevantes para sus destinatarios como personas racionales. La identificación creativa de esos deberes constituye la razón de ser de la dogmática por lo que su papel solo puede reducirse a mostrar lo que es exigible de acuerdo con los enunciados de las fuentes sociales, lo que la inhibe de formular valoraciones morales

genuinas. En otros términos, si el derecho está compuesto por enunciados normativos formales, que constituyen un punto de vista para valorar todas las conductas posibles, cualquier valoración que se añada (a partir de las construcciones doctrinarias) tendrá ella misma un alcance exclusivamente formal.

Por otra parte, es cierto que el sistema jurídico -por ejemplo, a través de las cartas constitucionales de derechos- suele incluir un sinnúmero de declaraciones que se presentan como valoraciones en lenguaje moral que, aunque abstractas o indeterminadas, se suelen tomar como condicionando o modificando las reglas que introducen las instituciones legislativas. Estas valoraciones son transformadas en deberes concretos por algún órgano jurisdiccional de jerarquía suprema, a quien se atribuye la última palabra en el sistema.

Lo que, de acuerdo con las enunciaciones vagas y abstractas de las constituciones (aparentes *incorporaciones* de la moral al derecho), el derecho *exige* puede ser objeto de innumerables disputas, pero, a los efectos de que puedan cumplirse los fines prácticos básicos del orden jurídico (cooperación, certeza, eficiencia), alguien tiene que tener la última palabra en esos desacuerdos. Pero el poder de poner fin a esos desacuerdos no proviene de una presunta competencia moral privilegiada de las autoridades sino de un poder atribuido por las reglas del sistema formal cuyo ejercicio, cualquiera sea el sentido en que se pronuncia, resulta en una valoración también formal. Según las previsiones del derecho, la autoridad no decide qué es moralmente correcto sino *qué hay que hacer* (teniendo en cuenta las declaraciones vagas y abstractas que incluye el sistema).

Tal como hace notar Himma, las obligaciones creadas por un tribunal, en cuanto autoridad final de una controversia, son exclusivamente jurídicas, en cuanto no implican ni que su autoridad sea moralmente legítima ni que sus directivas tengan como resultado una obligación moral de obediencia. La autoridad jurídica final de un tribunal sobre cuestiones morales tiene así una importante consecuencia: será jurídicamente obligatoria en su jurisdicción cualquiera sea la postura sobre el problema en discusión. Es decir, la decisión es obligatoria con total independencia de si (de acuerdo con los estándares que consideremos correctos) resulta acertada o equivocada (Himma, 2005).

Cuando la dogmática hace propuestas acerca de cómo habría que entender los enunciados vagos y abstractos de la constitución que mencionan principios y derechos, sus planteos deben ser interpretados como argumentos dirigidos a las autoridades para que resuelvan los casos que se presenten en determinado sentido. Resuelto el caso que involucra una controversia moral por una autoridad final, el pronunciamiento solo tendrá un sentido normativo formal. Es decir,

la dogmática, no puede -si es fiel a los presupuestos de legitimidad de su discurso basados en el ideal de Sistema Maestro- tomar a las declaraciones de las fuentes que refieren a principios como normativamente robustas.

Cualquier valoración del sistema no puede ser una genuina valoración moral cuando está supeditada a que alguien le dé una interpretación autoritativa y establezca los deberes concretos que se desprenden de ella. Esto es así, al menos para todos los sistemas jurídicos complejos donde la identificación del derecho requiere referencia tanto a los mecanismos institucionales de creación (reglas generales) como de clausura (normas particulares).

Desde luego, nada impide que quienes ejercen la dogmática pretenda hacer valoraciones morales genuinas. Pero para ello, debe abandonar su condición de tal y asumir otro rol argumentativo. Apenas lo hace, el discurso “cientificista” (no comprometido) pierde toda apariencia de legitimidad. Quizás por esa razón los modelos de dogmática incorporacionista han pasado a ser exitosos, en tanto permiten argumentar como si el sistema jurídico tuviera normatividad robusta, pero apelando a la legitimidad que da el marco de referencia de la normatividad formal (sobre el incorporacionismo como doctrina, Marquisio, 2019a).

4 La teoría positivista y la normatividad conceptual

Mientras la dogmática presupone la autonomía normativa del derecho, al establecer el sentido doctrinal de los enunciados de las fuentes sociales, el proyecto de teoría general positivista ha intentado formular un concepto de derecho que dé cuenta de dicha autonomía. En este sentido los modelos de sistema jurídico de Austin (1995), Kelsen (2011) y Hart (2012) apuntan a conceptualizar el sentido en que obliga el derecho, sin acudir a la moral como fundamento. Se trata, desde luego, de estrategias muy diferentes entre sí pero que tienen en común el objetivo de mostrar cómo es posible que los sistemas jurídicos funcionen bajo el supuesto de una comprensión puramente formal⁸ de las exigencias de deber. Las ideas de hábito de obediencia al soberano (Austin), la ficción de una norma básica fundante (Kelsen) y la idea regla *maestra* aceptada por los participantes (Hart) son distintas maneras de explicar cómo identificamos deberes jurídicos sin acudir al razonamiento moral.

Como teoría jurídica, el positivismo planteó que la descripción apropiada del derecho constituye una tarea posible e interesante, asumiendo la necesidad de separar de manera estricta los juicios sobre el contenido de la ley actual de aquellos vinculados a los modos en que esta debería conservarse o ser modificada. Para Austin, el derecho se reduce a un conjunto de órdenes

respaldadas por amenazas y su normatividad deriva del hábito de obediencia. Para Kelsen, el derecho es un sistema de normas válidas respaldadas por sanciones institucionalizadas y su normatividad se sustenta en el supuesto de la norma básica fundante (una ficción necesaria para pensar el deber jurídico). Hart, en el denominado giro hermenéutico de la teoría positivista, intentó resolver el problema a través de una suerte de una sociología normativa que remite a las creencias convergentes de los participantes de la práctica jurídica en cuanto aceptan ciertos criterios de validez como constitutivos. Quien acepta un sistema jurídico tiene una razón específica para comportarse del modo en que sus reglas prescriben que no es (necesariamente) una razón moral. A diferencia de las órdenes del asaltante que solo puede hacerme sentir obligado a entregarle mi dinero por temor a sufrir un daño mayor que la pérdida de éste, las reglas de derecho válido obligan en virtud de su aceptación por los participantes. Sin embargo, su eficacia normativa consideradas todas las circunstancias puede ser nula: habrá casos donde, aún para quienes las han aceptado, existan razones morales para no obedecerlas o incluso para desafiarlas abiertamente (Marquisio, 2019b).

La concepción de Austin, al reducir la obligación jurídica según el modelo de las órdenes respaldadas por amenazas en realidad elimina la normatividad específica del derecho al no proporcionar ningún parámetro para diferenciar entre la postura del mafioso y la del gobernante legítimo, en cuanto ambos nos ordenan cosas bajo advertencias de castigo. La postura típica de quien pretende actuar de acuerdo con el derecho no es sentirse amenazado sino pensar que *debería* hacer algo, es decir que tiene una obligación.

Las visiones Kelsen y Hart, que abordan expresamente este problema, reflejan intentos positivistas más refinados de dar cuenta, en términos conceptuales, de los dos tipos de normatividad formal: deóntica (concerniente a lo que los agentes deberían o no hacer) y basada en reglas (reglas institucionales que dependen, en última instancia de su aceptación y reconocimiento). Kelsen, que sostiene una separación estricta y totalmente antireduccionista entre hechos y valores, identifica un *deberíamos* jurídico especial por el cual las normas jurídicas atribuyen consecuencias jurídicas a condiciones jurídicas. El *deberíamos* jurídico expresa un tipo de conexión (imputación) análogo al modo en que las leyes causales se conectan con los efectos. Hart, por su parte, explica la obligación jurídica a través de la existencia de una regla social por naturaleza, ampliamente aceptada en el grupo de referencia y que expresa en un lenguaje normativo los estándares establecidos para guiar y valorar conductas (ver Hage, 2021).

Más allá de las virtudes y defectos de cada uno de estos modelos, el positivismo ha sido exitoso a la hora de conceptualizar la forma específica de deber jurídico. Nos ha dado explicaciones

interesantes (y más o menos convincentes) sobre cómo es posible entender y jugar *el juego del derecho*, pero sin proporcionarnos, en cuanto positivismo, ninguna razón por la cual *deberíamos* que jugar ese juego. Entender de esta manera la naturaleza del derecho es comprender su modo de operación: producir deberes a través de determinados tipos de reglas. Estas reglas, al igual que las reglas de los juegos se expresan en lenguaje normativo, tienen sentido constitutivo (sin ellas no es posible la práctica del derecho), dependen de su aceptación por los participantes (si estos las ignoran abiertamente no tiene sentido decir que dan origen a deberes), pueden ser buenas o malas (contrastadas con otros estándares de acción y valoración como la moral), y requieren una actitud interna que se resume en la convicción de que existe un deber de seguir el curso de acción que propone la regla (McBride y Steel, 2014: 2-4).

A través de este aparato conceptual, la teoría positivista hace sustentable el discurso de la doctrina, proporcionándole un concepto de derecho que estaría detrás de su identificación de los deberes jurídicos y de la forma en que los participantes de la práctica jurídica conciben sus actividades. La importancia de esta tarea no debe ser menospreciada. Bix afirma - contraponiéndose a quienes sostienen que el derecho por su naturaleza puede o debe producir obligaciones morales- que la teoría no puede dejar de mirar la manera en que el sistema jurídico es *realmente* comprendido por sus participantes. En este sentido, el punto de partida para pensar en la normatividad jurídica debe ser el modo en, que tanto los jueces (y otros funcionarios) como los ciudadanos, distinguen entre lo que la ley prescribe y aquello que *debería* hacerse de modo acorde con la moral, la prudencia, la religión o con todas las cosas consideradas. Esto implica un argumento de sentido común para tratar a la normatividad jurídica como *sui generis* que, si bien no resulta por sí mismo concluyente, no puede ser tomado a la ligera (Bix, 2021).

Pero esta visión *sui generis* del derecho, nada tiene nada que decirnos acerca de, por ejemplo, *por qué*, en última instancia, los jueces deberían aplicar el derecho que intentan crear los legisladores. Un juez (o un ciudadano interesado en el modo correcto de actuar) que identifica los deberes que imponen las reglas del sistema jurídico puede preguntarse, en la medida de que no comparta los criterios de acción y valoración que expresan esas reglas: *¿y qué?* La normatividad formal es una condición necesaria de los sistemas jurídicos, pero resulta insuficiente en su alcance justificativo y, si nos tomamos en serio las pretensiones normativas del derecho, interrogándonos acerca qué significan para un agente moral (como cualquiera de nosotros), debemos integrarlas en un contexto de discusión más amplio, esto es, la teoría metanormativa.

5 La teoría metanormativa y la función del derecho

En los últimos años, se ha producido un significativo giro en la aproximación teórica al problema de la normatividad del derecho. Con la cuestión de cómo caracterizar y justificar la posibilidad de una normatividad robusta o autoritativa en el centro del debate de la filosofía moral, se plantea la pregunta sobre la función del derecho en la agencia moral autónoma. Desde la teoría del derecho, los desarrollos de Raz (1975), Dworkin (2011) y Finnis (2011) se habían ocupado de la dimensión normativa del fenómeno jurídico bajo el supuesto de la unidad fundamental del razonamiento práctico, llevando la discusión sobre la relación entre el derecho y la moral a un punto que, a todas luces, excede la tradicional contraposición *positivismo/iusnaturalismo*. Lo distintivo de lo que podría denominarse *giro metanormativo* es el abordaje de la normatividad del derecho, como una reflexión conjunta entre metaética y teoría general, a partir de las profundas conexiones entre los objetos propio de estas disciplinas (Plunkett, Shapiro y Toh, 2019).

El paradigma de la *metanormatividad* intenta establecer las condiciones bajo las cuales las normas creadas por las instituciones pueden constituir razones para la acción de los agentes prácticos morales. Más específicamente, por qué algunos de estos agentes (de modo paradigmático, los jueces) *deberían* obedecer estas normas.

Concebir a la teoría general del derecho como una disciplina metanormativa supone atribuirle propósitos similares a los de la *metaética*. El objeto de esta disciplina es dar cuenta de cómo el pensamiento y el discurso moral y aquello (si hay algo) a lo que refiere ese discurso forma parte de la realidad (la totalidad de lo que es del caso). En paralelo, el objeto de una disciplina normativa metajurídica busca dar cuenta de cómo el pensamiento y el discurso jurídico forma parte de la realidad. El propósito de la indagación metanormativa será entonces explicar el dominio completo del pensamiento normativo (ética, moral, derecho, entre otras disciplinas) y cómo ese dominio forma parte de la realidad. Una de los objetivos de esa indagación es dar cuenta de la normatividad robusta (razones genuinas para la acción, estándares no opcionales de valoración). El derecho, como se dijo, es normativo en el sentido débil o formal. Sin embargo, por el modo en que expresa sus demandas, parece que pretende ser autoritativo de modo robusto, es decir, exigir a sus destinatarios acciones o evaluaciones obligatorias considerando todas las circunstancias. Aclarar el sentido de esa pretensión, así como dilucidar si resulta verdadera implica el ingreso de la teoría jurídica en el proyecto metanormativo (Plunkett y Shapiro, 2017).

Plantearse la naturaleza de la obligación jurídica y las condiciones bajo las cuales esta es posible *todas las cosas consideradas*, requiere discutir una serie de cuestiones que, por sus propias limitaciones de objeto, están fuera de la dogmática y de la teoría general conceptual, descriptiva y asociada al escepticismo o no cognitivismo moral, como la han entendido tradicionalmente los positivistas.

En primer lugar, se necesita establecer *cómo* es el destinatario de la obligación jurídica en términos de agencia moral autónoma. Mientras que la dogmática sostiene un punto de vista no comprometido que remite a las reglas fundacionales de un Sistema Maestro, y la teoría general adopta un concepto de derecho basado en la forma institucional de los enunciados de deber o en la hermenéutica de la aceptación, la metanormatividad lleva a discutir entre posibles idealizaciones de la agencia práctica, vinculadas a distintas concepciones metaéticas, como el realismo, el constructivismo y el escepticismo. Del modo en que caractericemos los compromisos normativos del destinatario de la obligación jurídica dependerá el conjunto de razones que pueda disponer para cumplir con sus exigencias.

En segundo lugar, para este agente práctico ideal el sistema normativo en consideración será el conjunto de sus compromisos normativos dentro de los cuales deben incluirse razones para obedecer obligaciones jurídicas. Si reflexionamos sobre cómo hay que concebir a los jueces, es imposible no atribuirles las condiciones humanas fundamentales de racionalidad y capacidad moral, esto es la responsabilidad por un cierto ámbito de acción, así como la posibilidad de identificar razones morales y articularlas en un razonamiento práctico (Marquisio, 2017). La moral, por su propia naturaleza, no tiene jurisdicción definida en cuanto se aplica todos los agentes capaces de entenderla y guiarse por ella, por lo que los jueces, en tanto seres humanos, deben ser concebidos como agentes autónomos sujetos en forma irrevocable a la moral (Raz, 2009: 183). Si concebimos a los jueces como agentes morales autónomos, entonces debemos concluir que necesitan razones morales para identificar el derecho de las fuentes sociales y actuar (decidir los casos a su consideración) de acuerdo con sus exigencias. Esto significa que las reglas jurídicas deben cumplir una función normativa al servicio de la agencia práctica (idealmente caracterizada)⁹.

La función normativa del derecho no puede ser independiente de argumentos morales (incluyendo los de moral política: justicia, democracia) para identificarlo y obedecerlo. No pueden dejarse de discutir los principios morales fundacionales de la autoridad jurídica y las condiciones bajo las cuales puede reconocerse que las instituciones están al servicio de fines moralmente necesarios, por ejemplo, requisitos mínimos de justicia. Estos principios y requisitos

tienen relevancia para la agencia moral, cualesquiera sean los contenidos de las declaraciones formales del derecho. Con independencia de lo que declaren la constitución y otras normas sobre los principios y derechos fundamentales, sigue siendo una pregunta moral abierta cuáles lo son efectivamente (en términos de justificación moral). Las instituciones deben mostrar con su vigencia efectiva (las declaraciones no son, desde luego, suficientes) que merecen el tipo de adhesión a ellas que requiere tomar sus normas como razones robustas para la acción.

Un problema metanormativo fundamental es el modo en que el derecho como sistema formal puede aspirar a cumplir una función normativa robusta. La posibilidad de identificación de las exigencias del derecho sin acudir a razonamiento moral sustantivo resulta una exigencia de la propia agencia moral. En contextos sociales de acción, como aquellos en que vivimos la mayor parte de nuestras vidas los seres humanos, las declaraciones formales del derecho son esenciales pues permiten identificar reglas de acción y evaluación en contextos de desacuerdo e incertidumbre; las reglas tienen un valor específico para los agentes por su contribución a la planificación, la coordinación y la eficiencia de la acción colectiva. Por eso, como Raz observa las reglas son el esqueleto inevitable de cualquier estructura de autoridad, de la cual el derecho es un ejemplo paradigmático (Raz, 2009: 228).

Pero existen muchos esquemas de coordinación posible para la interacción social, algunos de los cuales podrán pasar un test moral y otros no; por eso, la justificación de cualquier regla y sistema de reglas es siempre una cuestión abierta. Desde la agencia moral autónoma, el criterio último de evaluación de las reglas jurídicas es un test moral complejo. Los seres humanos no solamente son criaturas racionales a quienes se aplica la moral, sino que también son seres que en múltiples ocasiones están en desacuerdo sobre lo que la propia moral exige y ese desacuerdo proviene, en muchos casos de diferencias axiológicas imposible (en los hechos) de erradicar, aunque también pueden tener su origen en conflictos de interés y cuestiones de hecho.

Un ideal valorativo del derecho que da cuenta de la relevancia moral de seguir las reglas es el *Rule of Law*¹⁰. Railton propone una reformulación de ese ideal (que en principio se asocia a la mera forma del derecho y puede por tanto verificarse en órdenes despóticos o abiertamente injustos), a través de la distinción entre *Rule by Law* (*sentido laxo*) y *Rule of Law* (*sentido estricto*). La primera coincide con aquello que los teóricos del derecho llaman habitualmente *Rule of Law*: el orden fundamental de una sociedad se basa en una autoridad unificada de facto que promulga e impone un esquema de reglas públicamente reconocidas y procedimientos, típicamente a través de instituciones como los tribunales. El *Rule of law* en sentido estricto, requiere que la autoridad en cuestión sea sujeta al mismo esquema de leyes que los demás

miembros de la sociedad y que estos tengan participación tanto en la realización de las reglas como en su imposición. Esto significa, que aquellos miembros de la sociedad que no sean parte del grupo que gobierna (ejerce el poder) tengan oportunidades razonables de oponerse y derrotar acciones de la autoridad, de cambiar las leyes, a través de medios provistos por el propio sistema normativo, utilizando los medios institucionales disponibles (como acudir a los tribunales o formular peticiones a las autoridades). Frente a un esquema concreto de reglas asociadas al cumplimiento de estos valores podemos hacernos la siguiente pregunta: ¿tenemos una razón no prudencial *pro tanto* para tomar parte en el sistema normativo que expresa el *Rule of Law*, es decir, para aceptar parte en una responsabilidad compartida por su contenido e imposición?

Evaluated en tanto que esquema social normativo, *el Rule of Law* constituye un complejo set de relaciones sociales y expectativas que expresan y promueven un rango de valores morales importante. La existencia de tales formas de solidaridad legal o civil, por ejemplo, podría darnos razones para tomar parte en ellas, aunque presenten algunas formas de injusticia, incluso o especialmente, si lo que buscamos es remover esas injusticias. La razón para participar en esas formas institucionales puede ser moral, pero mediada por los modos en que nuestros destinos se conectan a través de esquemas sociales que son independientes de nuestras voluntades particulares. Lo que significa una razón moral *de compromiso*, dice Railton. Pero añada que podríamos decir que las razones morales son, en general, así. Nuestras vidas están continuamente implicadas en esquemas sociales de este tipo (institucionales), tanto como en esquemas de amistad o familia, y sería absurdo que consideráramos que los agentes morales no tienen responsabilidades especiales hacia sus amigos o familia. La autonomía no puede ser una materia de completa autodefinición en cuanto a nuestros compromisos normativos. Podemos autodefinirnos como agentes morales reflexionando sobre la totalidad de nuestras creencias sobre qué debemos hacer, pero solo parcialmente definimos la clase de sociedad en que vivimos y la clase de familia (y de otros grupos) que integramos. Teniendo en cuenta esos contextos en que se desenvuelven nuestras vidas los términos que usamos para la definición de nuestra identidad moral no pueden nunca ser libremente estipulados (Railton, 2019).

El argumento del *Rule of Law*, tal como lo presenta Railton, permite pensar en el derecho como instrumento formal que conecta a diversos agentes morales que ocupan distintos roles en la realización de fines sociales moralmente valiosos. En tal sentido puede apelarse a la noción kantiana, introducida por Korsgaard, de *identidad práctica*. Los agentes morales autónomos requieren una concepción de su identidad práctica, es decir, una descripción bajo la cual cada uno se valora a sí mismo y encuentra sus acciones merecedoras de ser realizadas. Las personas

tienen distintas identidades prácticas contingentes, que se originan en los roles que desempeñan y los grupos a los que pertenecen: madre o padre de familia, devoto de una religión, docente universitario, militante político, etc. Cada una de estas identidades prácticas gobierna un cierto ámbito de responsabilidades y elecciones, constituyendo fuente de razones para la acción. Pero, hay una identidad práctica que, una vez que se reconoce, resulta inescapable: la identidad moral. Los agentes autónomos se valoran a sí mismos bajo la descripción de valores no contingentes que se resumen en el ideal kantiano de humanidad. La idea de una identidad moral necesaria implica la existencia de identidades locales contingentes que proveen la mayor parte de nuestras razones para la acción. Sin embargo, el conjunto de razones para la acción que un agente posee necesita ser validado, a través del proceso que Korsgaard denomina *apoyo reflexivo*, por la identidad moral del agente (Korsgaard, 1996: 126-128).

Un sistema jurídico donde imperan las exigencias del *Rule of Law* proporciona el marco para la existencia de identidades prácticas contingentes, en función de responsabilidades concretas por el mundo social común: ciudadano, juez, legislador. Si las condiciones morales de legitimidad de los gobernantes se cumplen (lo que siempre es de hecho una cuestión abierta) entonces la identidad práctica del juez se define en términos de aceptación del punto de vista jurídico, que proporciona razones pro tanto para resolver los conflictos sometidos a su ámbito de decisión¹¹.

6. Conclusiones

Las instituciones jurídicas son esenciales para la vida humana en civilización porque permiten diferentes formas de cooperación en gran escala. Las libertades, derechos y bienes que valoramos dependen en buena medida de la continuidad de un marco formal de normatividad que permita identificar qué debemos hacer sin necesidad de acudir continuamente a la reflexión sobre la justificación moral de nuestros actos. Tanto la doctrina como la teoría jurídica positivista cumplen un papel muy relevante en el conocimiento y la comprensión del derecho como sistema normativo. La primera reconstruyendo, aclarando y explicitando nuestros deberes formales. La segunda, proporcionando un concepto de derecho que dé sentido a las prácticas de los distintos agentes en el marco del sistema: jueces, ciudadanos, gobernantes.

La importancia de la normatividad formal no debe hacernos perder de vista, sin embargo, que, en tanto personas racionales dotadas de capacidad y responsabilidad moral, podemos y debemos preguntarnos por las condiciones valorativas bajo las cuales esas reglas formales deberían ser aceptadas y si, en los hechos, sirven a propósitos que, consideradas todas las

circunstancias, podemos considerar justificados. Este es precisamente el tipo de preguntas que obligan a ingresar al ámbito de la metanormatividad donde, desde un test inevitablemente complejo y que da lugar a múltiples aproximaciones teóricas, las normas jurídicas llegan a tener su validación final, en función de los requerimientos de la agencia moral autónoma.

Referencias bibliográficas

Alchourrón, C. (2010). *Fundamentos para una teoría general de los deberes*. Madrid: Marcial Pons.

Austin, J. (1995). *The Province of Jurisprudence Determined*. New York: Cambridge University Press.

Baker, D. (2018) "Varieties of Normativity". En McPherson, T y Plunkett, D. (eds.), *The Routledge Handbook of Metaethics*. New York: Routledge, pp. 567-581.

Berteza, S. (2021). "Contemporary theories of legal obligation: a tentative critical map". En Berteza, S. (ed.), *Contemporary Perspectives on Legal Obligation*. New York: Routledge, pp. 1-17.

Bix, B. (2021) "Some heretical thoughts on legal normativity". En Berteza, S. (ed.), *Contemporary Perspectives on Legal Obligation*. New York: Routledge, pp. 68-81.

Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Belknap Press.

Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights* (2ª ed.). New York: Oxford University Press.

Guastini, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Hage, J. (2021) "Two Kinds of Normativity". En Berteza, S. (ed.), *Contemporary Perspectives on Legal Obligation*. New York: Routledge, pp. 18-33.

Hart, H. L. A. (2012). *The Concept of Law* (3ª ed.). New York: Oxford University Press.

Himma, K. (2005) "Final Authority to Bind with Moral Mistakes. On the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism". *Law and Philosophy*, pp. 24, 1-45.

Kelsen, H. (2011), *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Colihue.

Koorsgaard, C. (1996). *The Sources of Normativity*. New York: Cambridge University Press.

Mcbride, N. y Steel, S. (2014). *Great Debates in Jurisprudence*. New York: Palgrave Macmillan.

McPherson, T y Plunkett, D. (2018) "The Nature and Explanatory Ambition in Metaethics". En McPherson, T y Plunkett, D. (eds.), *The Routledge Handbook of Metaethics*. New York: Routledge, pp. 1-25.

Marquisio, R. (2017). "El constructivismo moral y la necesidad del punto de vista jurídico". UNA, Revista de Derecho, Vol. 2. Recuperado de <https://una.uniandes.edu.co/images/pdfedicion2/articulos/Marquisio-2017-UNARevista-de-Derecho.pdf>. Fecha de consulta: 08/02/2021

_____ (2019a). "La incorporación como doctrina. Observaciones para una teoría del error". *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad de La Plata, N° 49, pp. 659-680.

_____ (2019b). "Argumentos positivistas en la era postpositivista". *Revista de Derecho (UCUDAL)*. N° 19, pp. 49-75.

Núñez Vaquero, A. (2014). "Dogmática jurídica". *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. N° 6, pp. 245-260.

Plunkett, D. y Shapiro, S. (2017). "Law, Morality and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Meta-Normative Inquiry". *Ethics*, Vol. 124, N°4.

Plunkett, D., Shapiro S. y Toh. K. (2019). "Introduction". En Plunkett, D., Shapiro, S. y Toh. K. (eds.), *Dimensions of Normativity. New Essays in Metaethics and Jurisprudence*. New York: Oxford University Press.

Railton, P. (2019) "We'll see you in court!": The Rule of Law as an Explanatory and Normative Kind". En Plunkett, D., Shapiro, S. y Toh, K. (eds.) *New Dimensiones of Normativity. Essays on Metaethics and Jurisprudence*. New York: Oxford University Press, 1-22.

Raz, J. (1975). *Practical Reason and Norms*. New York: Oxford University Press.

_____ (2009). *Between Authority and Interpretation*. New York: Oxford University Press.

Searle, J. (2010) *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*. New York: Oxford University Press.

Wedgwood, R. (2018) "The Unity of Normativity" En Star. D. (ed.) *The Oxford Handbook of Reasons and Normativity*. New York: Oxford University Press, pp. 23-45.

Notas

- 1 Para los propósitos de este trabajo estas denominaciones son intercambiables.
- 2 También se usan otras denominaciones como *autoritativa*, *plena* o *consideradas todas las circunstancias*.
- 3 Para simplificar, identifico normatividad autoritativa, robusta o plena con racionalidad. Ello supone asumir dos vínculos problemáticos: racionalidad y humanidad; racionalidad y moral. No todos los seres humanos son racionales, en los hechos es imposible encontrar plena racionalidad y es posible que la racionalidad sea una categoría más amplia que la humanidad. Y también es discutible el supuesto que el curso de acción moralmente correcto resulta siempre el racionalmente justificado.
- 4 Para un resumen de las principales posturas en este debate, ver McPherson y Plunkett, 2018.
- 5 Uno de los puntos en debate más recurrentes en la filosofía jurídica es si el derecho es una clase modal (la clase de cosas que puede ser caracterizada por un modo de cumplir múltiples fines) o funcional (la clase de cosas que puede caracterizarse por alguna función que le es específica). La primera es la postura típica del positivismo; la segunda la del lusnaturalismo (McBride and Steel, 2014). Lo cierto es que, más allá de esta discusión, el tipo de guía de la conducta que permite el derecho, entendido como sistema normativo formal, abre camino a múltiples posibilidades de acción colectiva que van desde la instauración de una sociedad justa en el sentido rawlsiano a la comisión de genocidios.
- 6 Aquí la referencia puede ser un orden jurídico que coincida con el Estado nación (o una parte de este) o, introduciendo distintos niveles de complejidad, un orden regional, continental o global.
- 7 Desde luego, esta es una simplificación extrema de la institucionalidad jurídica, útil a efectos de presentar el problema.
- 8 La comprensión formal del derecho no debe confundirse con el formalismo jurídico. Los autores citados son antiformalistas porque creen que, al menos en un significativo conjunto de casos, las normas generales no determinan el derecho aplicable y hay inevitable discrecionalidad en las decisiones de los jueces.
- 9 La caracterización ideal implica que la idea de agencia moral autónoma no refleja la postura psicológica de un agente concreto sino un punto de vista teórico. Los seres humanos reales se aproximarán en mayor o menor medida a este ideal pero no cabe esperar de ellos una coherencia plena.
- 10 Esta expresión anglosajona no tiene una traducción equivalente al español. Se suelen utilizar expresiones como *estado de derecho* e *imperio del derecho* que no reflejan la carga conceptual y valorativa del original.
- 11 Para una caracterización constructivista del punto de vista jurídico, ver Marquisio, 2017.