

¿FUE RICHARD RORTY UN POSITIVISTA JURÍDICO? (A PROPÓSITO DE LA OXFORD AMNESTY RORTY'S LECTURE DE 1993)

*Felipe Curcó Cobos**

Resumen

Me propongo comparar el enfoque sobre la normatividad que hallamos en varias de las obras de un filósofo como Rorty, con el modelo metodológico positivista que hallamos en un jurista como Hart. El objetivo de este trabajo es mostrar cómo ambos casos se alejan de explicaciones simples, basadas, tanto en modelos iusnaturalistas, como en el modelo austiano (que explica la normatividad basándose en nociones exclusivas como “soberano”, “imperativo” o hábito de obediencia”). Ambas perspectivas se aproximan a un análisis que ubica el origen de las normas en una perspectiva más plausible y compleja donde se parte, o bien de la idea de “reglas de reconocimiento” que permiten identificar como reglas de un sistema normas que no necesariamente son legisladas (Hart), o bien del análisis de las proposiciones no polémicas que determinan e informan sobre cuáles cosas cuentan como normas y cuáles no al interior de una determinada práctica social etnocéntrica (Rorty).

Palabras clave: Iusnaturalismo, positivismo jurídico, pragmatismo

Abstract

The purpose of this paper is to compare an approach to normativity that may be found in several of the works of a philosopher such as Rorty with the positivist methodological model that may be found in a jurist such as Hart. I aim to show that both depart from simple explanations based on jus naturalists models or on the Austinian model (which explains normativity on the basis of exclusive notions such as ‘sovereign’, ‘imperative’ or ‘obedience habit’). Both perspectives get close to an analysis that places the origin of norms in a more plausible and complex perspective, where the basic assumption is either the notion of ‘acknowledgement rules’, which allows the identification of rules as a system of norms that are not necessarily legislated (Hart), or the analysis of non polemic propositions

* Instituto Tecnológico Autónomo de México. Correo electrónico: curco@itam.mx

which determine and inform about those things that count as norms and those that do not within a certain ethnocentric social practice (Rorty).

Keywords: jusnaturalism, legal positivism, pragmatism

¿Es Richard Rorty un positivista jurídico? Contestar esta pregunta nos obliga antes a responder otras dos: qué entendemos por positivismo jurídico y qué tipo de relaciones conceptuales y filosóficas encontramos entre el neo-pragmatismo rortyano y el pensamiento jurídico positivista. Elucidar tales cuestiones es el propósito del presente ensayo.

La expresión “positivismo jurídico” resulta muy ambigua. Tradicionalmente ha sido empleada para referirse a una muy amplia gama de posturas y concepciones teóricas que designan tesis, ideas y modos de representarse el fenómeno del “derecho” desde visiones que a menudo no sólo resultan incompatibles, sino incluso contradictorias o excluyentes entre sí.

A finales de la década de los cincuenta –y principios de los sesenta– encontramos, no obstante, dos importantes intentos orientados a lograr la desambiguación de la polisemia implicada en este desorden semántico. El primero de ellos fue la publicación en 1958 del ya clásico ensayo de H. L. A. Hart titulado “Positivism and the Separation of Law and Morals”.¹ Dos años más tarde –y sin duda motivada por el impulso que la edición del ensayo de Hart supuso en la clarificación de este tema– la Fundación Rockefeller patrocinó en la ciudad de Bellagio, Italia, un segundo intento por arrojar luz sobre el confuso concepto de positivismo jurídico: el Seminario de Bellagio, en donde politólogos y juristas de la talla de Norberto Bobbio, Alejandro Passerin, Renato Treves, Alf Ross y varios estudiosos más, angloamericanos e italianos, se reunieron a discutir y argumentar con el propósito de continuar y completar el movimiento iniciado por el artículo de Hart. El resultado fue la publicación al año siguiente de dos ensayos muy esclarecedores: “Sul positivismo giuridico” de Bobbio, y “Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law”, de Alf Ross. Al poco tiempo aparecería también, además, el libro de Uberto Scarpelli sobre positivismo

¹ Hart, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Harvard Law Review*, 71 [593], 1958.

jurídico, con lo cual vendría a redondearse y culminarse el proyecto de Bellagio.²

¿Qué consecuencias tuvo el movimiento iniciado por el ensayo de Hart? Sin duda que éste significó una conquista importante. Por vez primera se consiguió enmarcar aquello de común que hay en el pensamiento de los más importantes representantes de la concepción positivista del derecho, trazar los matices y diferencias que cabe encontrar al interior de estas similitudes, a la vez que se logró discernir varias de las tesis adjudicadas de forma poco cuidadosa a dicha escuela jurídica, acotándolas para referirlas a ciertas formas de pseudo-positivismo, o bien relacionarlas con un positivismo ideológicamente radical. En todos los casos, y como quiera que sea, el movimiento de Bellagio vino a dejar en claro que cualquier esfuerzo orientado a hacer un uso cuidadoso del rótulo “positivismo jurídico” debe empezar por localizar su genealogía en el posicionamiento que éste lleva a cabo en torno a las dos tesis clásicas que definen al pensamiento iusnaturalista, a saber: *i)* una tesis de filosofía ética según la cual se sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana, y *ii)* una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual se afirma que un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de “jurídicos” si contradicen aquellos principios morales de justicia.³

Tomando como eje de referencia estas dos tesis –que son las que definen el núcleo conceptual del iusnaturalismo– en su ya citado ensayo “Sobre el positivismo jurídico”, Bobbio identifica, entonces, tres distintos significados atribuibles a la expresión: “positivismo jurídico”:

1. *El positivismo jurídico como enfoque metodológico.* Esta acepción alude a la utilización de la expresión “positivismo jurídico” para designar un cierto enfoque metodológico que niega la segunda premisa iusnaturalista anteriormente referida pero no necesariamente la primera. En otras palabras, su tesis distintiva consiste en abogar por un cierto concepto de derecho donde se afirma que la definición de un orden o una norma jurídica no puede hacerse depender de la adecuación de

² Bobbio, N, “Sul positivismo giuridico”, en *Rivista di Filosofia* LII, 14 (1961), Ross, Alf, “Validity and the Conflict Between Legal Positivism and Natural Law”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires* (1961), no. 4, pp. 46-93 (ed. Bilingüe), Scarpelli, U, *Cos’è il positivismo giuridico*, Milán, 1965.

³ Cfr, Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 28.

ese orden, o esa norma, a ciertos principios universales de moralidad o de justicia. Esta perspectiva sin embargo no niega que tales principios acaso formen parte de la textura de la naturaleza objetiva o humana y puedan, por tanto, ser parcialmente descubiertos o elucidados por la racionalidad. Postula, en definitiva, que no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral, lo cual no excluye la existencia de conexiones contingentes o de otro tipo entre uno y otra. Las llamadas doctrinas del “derecho natural” sostienen que una norma jurídica incompatible con las exigencias de la justicia o de la moral *no* es en realidad una genuina regla jurídica, pues todo principio moral verdadero expresa un mandato jurídico e inversa; todo mandato jurídico debe ser moralmente correcto. El adherente al positivismo jurídico como metodología, en cambio, presupone un concepto *descriptivo* y no *prescriptivo* mucho más amplio de derecho, según el cual la expresión “regla jurídica inmoral (o amoral)” no es contradictoria en lo absoluto, pues la compatibilidad o incompatibilidad entre las exigencias de una norma legal y una regla moral no define ninguno de los criterios que sirvan para definir los conceptos jurídicos. Este tipo de positivismo no se compromete sustantivamente con negar o afirmar que existan principios universales éticos y de justicia, relega decidir sobre este tipo de cuestión a la metafísica, la filosofía o la ética. En cambio si niega –como hemos precisado– que toda regla moral correcta deba ser necesariamente una regla jurídica y que toda regla jurídica deba ser necesariamente moralmente correcta. En su capítulo “Derecho y moral” de su libro *El concepto del derecho*, Hart lo precisa con toda claridad: “entiendo por positivismo jurídico la afirmación simple de que en ningún sentido es una verdad necesaria que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suela ocurrir así”.⁴

Hart advierte de las ventajas que este enfoque tiene con respecto a la visión iusnatural. Al admitir que una regla jurídica conserva su carácter de tal aunque entre en conflicto con las exigencias de la moral, el positivista metodológico define “derecho” de modo que resulta posible distinguir el derecho que “es” del derecho que –desde la visión de una moral necesaria o convencional, deontológica o consecuencialista– “debe ser”. El iusnaturalismo, en cambio, hace imposible esta dis-

⁴ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, University Press, 1961, pp. 181-182.

tinción porque desde su propuesta prescriptiva nada “es” derecho si no “debe ser” derecho. El problema con este enfoque tiene que ver con la determinación de sus seguidores en hacer del concepto de derecho algo aplicable sólo a sistemas que son buenos o justos, pues en tal caso no estaríamos en condiciones de hacer comparaciones entre un sistema jurídico bueno y otro malo, ya que el iusnaturalista niega que este último pueda ser considerado siquiera como tal.

2. *El positivismo jurídico como ideología.* Según la taxonomía de Bobbio, la expresión “positivismo jurídico” puede emplearse también para designar una ideología cargada de juicios de valor que establece la obligación moral de obedecer los requerimientos y estándares del derecho positivo, sea cual sea su contenido. Su carácter ideológico puede condensarse en una simple cláusula: “El derecho positivo, por el sólo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de la voluntad dominante, es *justo* y debe ser observado” Atendiendo al hecho de que esta cláusula rompe con un rasgo común en todas las concepciones positivistas –perseguir el proyecto de definir el derecho como un sistema normativo que presenta rasgos fácticos distintivos que hacen depender los conceptos jurídicos de proposiciones meramente descriptivas, haciendo abstracción de toda índole valorativa–, Alf Ross define esta forma de positivismo ideológico como “seudo-positivismo”.⁵ La razón de ello es que dicha concepción combina una definición meramente lexicográfica como la que los positivistas proponen, con la idea iusnaturalista de que toda norma jurídica debe ser valorada como correcta y tener fuerza jurídica. Por esta guisa, el cuasi-positivista asume, con incongruencia, una actitud moral que postula el deber incondicional de obedecer las reglas del derecho positivo, pero sin importar que éstas se traten, por ejemplo, de un orden jurídico positivo liberal democrático, o de un orden positivo nacional filo-fascista.⁶

⁵ Ross, A., *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. G.R. Carrió y O. Paschero, Buenos Aires, 1969.

⁶ Hasta donde me alcanza ninguna teoría jurídica positivista –con excepción tal vez del “decisionismo jurídico” de Carl Schmitt– se ha adherido nunca a esta forma de ideología. Huelga decir que mucho menos Kelsen, para quien si bien es cierto que la validez o fuerza obligatoria de las normas positivas emana de una norma –o metanorma– no positiva (su famosa norma básica que establece que lo que un orden coactivo eficaz dispone “debe de ser” y obedecerse), en ningún caso considera él que esta metanorma no positiva sea de índole moral. Ella es un mero presupuesto metodológico, una simple hipótesis de trabajo, una condición necesaria para que la realidad jurídica sea factible y analizable. Si un estudioso del derecho no presupone que lo

3. *El positivismo jurídico formal o teórico.* Finalmente, la expresión “positivismo jurídico” alude a una tercera acepción, utilizada para referir a un cierto modo de concebir la estructura del orden jurídico y –especialmente– las llamadas “fuentes” del derecho. Según esta concepción, el derecho está constituido por normas que han sido explícita y deliberadamente promulgadas por órganos centralizados y no, por ejemplo, por hábitos, costumbres o normas consuetudinarias o de jurisprudencia. El derecho positivo es la voluntad del Estado o la del soberano. Las normas jurídicas son órdenes. No hay más fuente genuina del derecho que la legislación en sentido amplio, de modo que las otras fuentes putativas del derecho son sólo fuentes secundarias o aparentes. Este tipo de positivismo es muy próximo al positivismo ideológico arriba descrito. Esto es así porque aboga por la absoluta sumisión de los jueces a los mandatos legislativos, a la vez que presupone el deber de los jueces de decidir siempre según normas jurídicas sin tomar en cuenta cualquier otro tipo de principios. Dado que se presupone que todo orden jurídico constituye un todo cerrado, completo, carente de lagunas y coherente, los jueces no tienen otra función que deducir, a partir de las reglas positivas, la solución correcta para cada caso concreto. Al igual que lo dicho anteriormente en la nota seis a pie de página respecto el caso del positivismo ideológico, prácticamente ningún representante del positivismo se ha adherido a esta concepción del derecho. Tanto Kelsen, como Ross o Hart, sostienen claramente que las fuentes de *auctoritas* en el derecho pueden ser también normas consuetudinarias o de jurisprudencia.

Auctoritas y potestas: positivismo metodológico y reglas secundarias

Resulta ya un tópico advertir que entre las tres formas de positivismo jurídico que acabamos de reseñar más arriba, así como en el pensamiento iusnaturalista en cualesquiera de sus modalidades (teológica, histórica, metafísica o racional), una discusión central e importante se

dispuesto por las ordenes de quien ejerce el poder debe ser observado y cumplido, no estará en condiciones de analizar esa orden en términos de una orden jurídica. Pero nunca afirma Kelsen que de esto se siga la obligación moral de obedecer o aplicar *toda* norma jurídica, de ahí que Kelsen de ninguna manera pueda ser considerado un positivista ideológico.

da en torno a intentar elucidar cuál o cuáles son las fuentes desde donde emana la autoridad de las normas jurídicas. El iusnaturalismo localiza el origen o fundamento de la normatividad moral y jurídica en un derecho que emana de la naturaleza (iusnaturalismo metafísico), de Dios (iusnaturalismo teológico), del desarrollo *teleológico* que persigue la historia (τέλος = fin), o bien de la estructura de la racionalidad humana. El positivismo formal o teórico, por su parte, hace emanar la autoridad de la legislación positiva de la autoridad constituida, así como el positivismo ideológico la hace derivar de un dogma que prescribe la autoridad debida al derecho tipificado –identificando la fuente de autoridad de la norma con la norma misma–. ¿Y el enfoque que hemos caracterizado como positivismo metodológico? ¿en qué modo explica el carácter de obediencia debido a las normas? Aquí la respuesta requiere una elaboración algo más precisa y desarrollada.

Partamos de una manida distinción en el sistema jurídico de Occidente que se presenta a partir de una estructura doble, formada por dos elementos heterogéneos y, aun así, coordinados: uno normativo y jurídico en sentido estricto –que podemos aquí inscribir bajo la rúbrica tradicional de *potestas*– y uno anómico y metajurídico (de νόμος, ley, *a-nómico*, más allá de la ley) que siguiendo la tradición latina suele denominarse *auctoritas*. La *auctoritas* consiste, pues, en un poder que activa el derecho pero que en si mismo no rige formalmente como derecho. La *potestas*, en cambio, refiere al orden normativo –tipificado y positivo– que precisa del anómico para poder aplicarse.

Notemos que mientras que el positivismo jurídico formal o teórico, tal y como líneas arriba lo hemos caracterizado, hace recaer la *auctoritas* en el Estado soberano o en el poder centralizado que goza de la facultad *de facto* para legislar e imponerse, el positivismo ideológico afirma la tesis de que el derecho coincide con la autoridad de las reglas, diluyendo de este modo la *auctoritas* en la *potestas*, y negando con ello la suposición de que el ámbito de la validez y autoridad del derecho excede el ámbito de la norma.⁷

Al ser mucho menos simplista y reductivo que el enfoque teórico y el ideológico, el positivismo jurídico metodológico resalta, en cambio, por su formulación más compleja. Uno de los máximos exponentes de

⁷ A este respecto puede consultarse el extraordinario texto de Giorgio Agamben, *Estado de Excepción*, Adriana Hidalgo editora, Buenos Aires, 2003, p. 39.

esta forma de positivismo jurídico metodológico es Herbert L. A. Hart. Hart rechaza el modelo ideológico o teórico basados en las nociones primitivas de “soberano” o “autoridad” para referirse al origen facultativo de las normas. En su lugar propone un análisis del concepto de derecho basado en el complejo fenómeno social de la aceptación de lo que él denomina *reglas últimas* de reconocimiento. Estas reglas últimas establecen los criterios por medio de los cuales cada comunidad decide si una determinada regla es parte de su derecho. Mientras que –según hemos dicho– los otros enfoques de la teoría positiva del derecho conciben la legislación (es decir, la creación deliberada y explícita de reglas jurídicas generales), como la única fuente y fundamento genuina del derecho, el enfoque metodológico de Hart destaca por no adherirse a esta teoría y en su lugar identificar, como reglas del sistema jurídico, normas que no son legisladas pero que –como costumbres, hábitos e intereses sociales prácticos– operan en tanto fuentes y fundamentos autónomos de lo jurídico-normativo. Hart llama a estas reglas de reconocimiento “reglas secundarias” (o de segundo orden). Se trata –en sus palabras– de “reglas que son más complejas”, que operan como *auctoritas* en la medida en que “confieren potestades judiciales” a ciertas personas y un *status* especial a sus decisiones.⁸ Conforman los parámetros que, en cada comunidad, establecen los criterios últimos de validez jurídica –y en este sentido operan como parte fundamental del sistema. A modo de ejemplo de estas normas no escritas –pero que operan a nivel del trasfondo social y el entramado jurídico– Hart menciona la fórmula: “lo que la Reina sanciona en el parlamento es derecho”. Puede observarse, nos dice él mismo, que “no es ésta una norma que se sitúe en el mismo plano que las normas jurídicas en sentido estricto”, ya que consiste en una fórmula que no ha sido nunca sancionada por vía legislativa (y que de hecho no podrá nunca serlo, pues se trata de una cláusula que requiere existir antes y con independencia de la sanción al operar como condición de posibilidad de la misma).⁹ Por tal razón, la reglas de reconocimiento no están expresadas en fórmulas verbales revestidas de autoridad, sino que deben ser “extraídas” de las prácticas sociales que, o bien las constituyen, o bien las presuponen.

⁸ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 92.

⁹ *Ibid.*, p. 108.

Richard Rorty y la crítica al iusnaturalismo

Con lo expuesto hasta aquí, parece que estamos ya en condiciones de contestar la pregunta inicial con la que abrimos este capítulo: ¿es Rorty un positivista jurídico? A ello podemos agregar ahora una duda más: en caso de serlo, ¿a cuál de los tres enfoques positivistas que hemos analizado sería más próxima su filosofía?

La respuesta que demos a esto debe empezar por encuadrarse en el marco general del pensamiento de Rorty, para luego pasar a decir algo sobre aquellos textos en los que nuestro autor parece examinar con cierto detalle la naturaleza del derecho.

Habría que empezar por señalar que –ante todo– uno de los rasgos centrales del neopragmatismo rortyano consiste en intentar ofrecer una versión alternativa de la normatividad. Contra el pseudo-positivismo –o positivismo jurídico ideológico– nuestro autor opone como constatación obvia el hecho autoevidente de que absolutamente ninguna norma o regla social (moral, ética, jurídica o de etiqueta) posee fuerza motivacional propia (capacidad automática dadora de razón [*automatic reason-giving force*], es decir, ninguna norma da por sí misma razón para actuar, por eso la autoridad de las normas, su poder para forzar a actuar (su obligatoriedad, lo que las hace ser “exigibles”) es algo que siempre se ha intentado buscar en algo que es externo a ellas (Dios, la Ley Natural, la Razón, el Lenguaje, el poder Estatal). Contrario a esta tradición “externalista”, Rorty sugiere que la razón que las normas dan para actuar (su carácter obligatorio) es siempre de carácter pragmático-hermenéutico. Significa esto que las normas se fijan al interior de sistemas de enunciados que estipulan cuáles movimientos son permitidos dentro del sistema y cuáles no. En este sentido lo que Rorty señala es que las normas son válidas en el contexto de círculos etnocéntricos. Estos círculos compendian una serie de valores, supuestos, expectativas, desde cuya lectura pueden descifrarse los códigos facultativos donde se define qué vale como norma. Dicha explicación es a su vez hermenéutica y pragmática, pues supone que descifrar la *auctoritas* de las normas implica una previa comprensión de la estructura político-cultural global en las que éstas se originan, a la vez que dicha comprensión requiere interpretar la función práctica que tales normas cumplen en el afianzamiento de la estructura en la cual se incardinan. De ahí que sin duda Rorty no fuera un positivista ideológico, o lo que –según dijimos– Ross llama un “seudo-positivista”.

En *Ética sin obligaciones universales*, una de las lecciones impartidas por el profesor Rorty en la Cátedra Ferrater Mora de Pensamiento Contemporáneo realizada en la Universidad de Girona en 1996, encontramos todo un catálogo amplísimo de los diversos sentidos y significados que el concepto de norma tiene para él y para la escuela pragmática.¹⁰ Ahí hace una elaborada taxonomía donde distingue entre normas prudenciales, normas condicionadas (o relacionadas) al logro de un propósito o fin determinado y, finalmente, normas incondicionadas o universales. En su polémica con Habermas y Apel amplía este catálogo (al hablar de normas problematizadas y no problematizadas, normas prácticas y teóricas, normas que forman parte de discursos normales y normas que forman parte de discursos disruptivos, y un amplio etcétera). En todos estos casos, Rorty crítica una “cierta” idea de normatividad; a saber, la concepción que entiende que las normas son incondicionadas. A ello Rorty opone la concepción de que las normas adquieren autoridad al interior de marcos tácitos o explícitos, que estipulan –como ya hemos dicho– pautas de reconocimiento (usando términos muy próximos a los que emplea Hart) para precisar qué vale como obligatorio y qué no al interior de un sistema (por eso –dice él– las normas siempre son “relacionales” y nunca “incondicionales”, esto es, las normas lo son siempre en *relación* con una red de expectativas cognitivas y sociales) En concomitancia con esto, en *La filosofía y el espejo de la naturaleza*,¹¹ Rorty propone entonces secularizar la normatividad, es decir, desublimar el origen de la obligatoriedad normativa para entender que la obligación se da siempre como una condición enfocada al logro de un objetivo concreto. En ese sentido, nuestro autor entiende que obligatoriedad de las normas nunca es incondicionada y universal, sino etnocéntrica, esto es, resulta significativa únicamente si se cumplen una serie de condiciones y una serie de objetivos que una sociedad busque atender. Esa tesis de Rorty es consecuencia del argumento de Walzer –que él hace suyo– y que consiste en señalar que los términos normativos y morales formalizados y tipificados en los códigos jurídicos de un país y en su concepción de justicia, sólo pueden formularse universalmente (de manera tenue) si previamente éstos

¹⁰ Rorty, Richard, “Ética sin obligaciones universales”, en: *El Pragmatismo, una versión: antiautoritarismo en epistemología y ética: lecciones Cátedra Ferrater Mora Universidad de Girona*, Ariel, Barcelona, 2000, pp.201-224.

¹¹ Rorty, Richard, *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton, University Press, 1979

se hallan anclados en concepciones “densas”, significativamente relevantes para quienes les atribuyen un sentido social real y específico. Las concepciones normativas son, por tanto, un “eco”, un “resumen” o un “compendio”, de aquello que guardan en común las comprensiones densas moralmente significativas que inspiran a las personas.¹²

Con ello queda claro el ataque frontal de Rorty al iusnaturalismo –y su consiguiente proximidad hacia el positivismo jurídico. “Hay que romper con la idea de que existe algo no humano con autoridad sobre nosotros –nos dice en el libro de homenaje que le editara Robert Brandom– Y remata:

algo paralelo al autoritarismo religioso, es la idea constantemente presente en la investigación científica cotidiana de que ésta ha de someterse a los estándares constituidas por las cosas en sí mismas. La plena madurez intelectual humana requeriría el reconocimiento de una autoridad, únicamente si tal reconocimiento no implica el rebajamiento de nosotros mismos ante algo no humano. Y la única autoridad que cumple ese requisito es el consenso humano.¹³

Únicamente, pues, si logramos eliminar la idea de que “existe algo no humano con autoridad sobre nosotros”, lograremos romper con la falacia en la que nos atrapa el iusnaturalismo. Ello en la doble implicación semántica que tal afirmación tiene; esto es, por un lado, la denuncia de la conocida falacia consistente en creer que de lo que “es” podemos pretender injustificadamente definir lo que “debe ser” (o que del empleo de términos estrictamente descriptivos podemos indebidamente pasar, sin explicación debida, a usar términos prescriptivos), y por el otro, la denuncia de aquella otra falacia que consiste en denigrarnos a nosotros mismos convirtiendo en fuente de autoridad una realidad ob-

¹² Cfr. Walzer, M, *Thick and Thin. Moral arguments and Abroad*, Indiana, University of Notre Dame Press, 1994. El argumento de Walzer es conocido: defiende que los términos morales y jurídicos tienen tanto significados “densos” profundamente arraigados en el idioma, las costumbres, la historia y cultura particulares, como sentidos “tenues” que son destilados de los anteriores y a los que se llega cuando los significados “adelgazados” logran desprenderse de las costumbres y léxico locales para formularse en términos abstractos que logran conectar con sentidos similares que esos mismos términos tienen entre otras personas y grupos humanos. Ello explica que todos podamos entender la palabra “justicia”, aún cuando esa expresión signifique cosas muy distintas para un revolucionario angoleño, un ruso de la época soviética o un inmigrante latino.

¹³ Brandom, Robert E, *Rorty and His Critics*, Mass., Blackwell Publishers, 2000, pp.109-122

jetiva cuya ascendente deviene únicamente de una reificación que encuentra su origen en la subjetividad.

No hay duda, pues, que mientras más se aleja Rorty del iusnaturalismo (e igualmente del pseudo positivismo), más se acerca nuestro autor al enfoque del positivismo jurídico metodológico defendido por Hart. Donde más claramente se aprecia esto es en su conferencia *Oxford Amnesty* pronunciada en 1993 y publicada en ese mismo año.¹⁴ Ahí afirma adherirse a la tesis del jurista argentino Eduardo Rabossi: “mi argumento básico –señala– es que el mundo ha cambiado y que el fenómeno del derecho y de los derechos humanos torna ya anacrónico e irrelevante el fundacionalismo en materia jurídica”.¹⁵ En una reformulación de dicho texto a la que ya me he referido antes, Rorty desarrolla este argumento señalando que hoy día hablar de derechos o normas jurídicas significa “explicar nuestra actuación identificándonos con una comunidad de personas que piensan como nosotros: aquellos que hallan natural actuar de un modo determinado”.¹⁶ La discusión en torno a la fundamentación de la normatividad moral y jurídica, así como de todos aquellos constructos plasmados en leyes y derechos humanos, habría por tanto mejor de desplazarse “a debatir la cuestión de si los juegos del lenguaje que las sociedades inclusivistas ponen en juego son mejores o peores que aquellos que ponen en juego las sociedades exclusivistas”.¹⁷ El argumento para sugerir este desplazamiento –nos sigue diciendo él– tiene la misma forma según la cual hay que dejar de pagar a los sacerdotes que realizan sacrificios para ganar la guerra, pues el verdadero trabajo para ganar la guerra parece ser el de los generales y almirantes y soldados de a pie. “El argumento no afirma: puesto que parece no haber dioses, probablemente no hay necesidad de sostener a los sacerdotes. Dice más bien: puesto que parece que no hay necesidad de sostener a los sacerdotes, probablemente no haya dioses”.¹⁸ De igual forma: puesto que nada útil se consigue con insistir en una realidad o naturaleza humana suprahistórica que ayude a legitimar o entender mejor la normatividad

¹⁴ Rorty, Richard, “Human Rights, Rationality and Sentimentality”, en *On Human Rights. The Oxford Amnesty Lectures*, Basic Books, 1993. Traducción al castellano de Hernando Valencia Villa, Trotta, 1998.

¹⁵ *Ibid*, p. 120.

¹⁶ Rorty, Richard, “Ética sin obligaciones universales”, *op. cit.*, p. 218.

¹⁷ *Ibid*, pp. 219-220.

¹⁸ Rorty, Richard, “Human Rights, Rationality and Sentimentality”, *op. cit.*, pp. 122-123.

moral y los derechos, probablemente estemos autorizados a defender que no existe tal naturaleza –o al menos nada en ella que sea relevante para nuestras decisiones jurídicas y morales–.

Este planteamiento debemos entenderlo en continuidad con la crítica que el pensamiento pragmatista dirige contra la ilustración. La noción de que existen representaciones o modelos no figurados de una naturaleza extrínseca de la que pueden extraerse conclusiones normativas relevantes, no es más que un vestigio –opina, según vimos, Rorty– de creer que existe algo no humano con autoridad sobre nosotros. Representa, como ha dicho Jacques Bouveresse, una versión secular descendiente de una concepción que no debió haber sobrevivido a la era del punto de vista teológico de la cual emerge.¹⁹

El hecho de que los apuntalamientos trascendentes y los fundamentos objetivos (cuasi sublimes) de la moralidad se revelen como intrascendentes, apareja la consecuencia de que las verdades morales incondicionadas y verdaderas (cuyo carácter de necesidad derivaba precisamente de aquellos apuntalamientos), devengan ilusorias fantasías de una época metafísica o religiosa que el proceso de secularización y su culminación en lo que Weber denominó “el desencantamiento del mundo” dejó hace tiempo atrás. Al no haber ya, por tanto, un reino necesario de verdades morales, la pretendida conexión iusnaturalista entre moral y derecho también se rompe, al menos si tal conexión se postula como necesaria. Ciertamente puede persistir –según veremos– una limitada conexión del derecho y la moral convencional (lo que una sociedad concibe como siendo de interés propio), pero ya no puede postularse (como lo haría el iusnaturalismo) que los jueces tengan el derecho abstracto de declarar jurídicamente válido todo lo que sea inmoral, ni el de imponer como derecho todo cuanto crean moralmente correcto.

Rorty mantienen viva, no obstante, una conexión relevante entre el derecho y la moralidad entendida como interés público. Nuestras reglas prácticas –nos señala tajante– “deben dejar de ser examinadas por sus supuestos orígenes o fundamentos trascendentales y metafísicos sospechosos. En lugar de ser clasificadas por su vinculación con las fuentes, nuestras reglas prácticas deben de ser clasificadas por su utilidad relativa”,²⁰ esto equivale a proponer un criterio funcionalista (en

¹⁹ Bouveresse, Jacques, “Reading Rorty: Pragmatism and its Consequences”, en *Rorty and His Critics*, Mass., Blackwell Publishers, 2000, pp. 129-145.

²⁰ Rorty, Richard, “Ética sin obligaciones universales”, *op. cit.*, p. 217.

lugar de uno fundacionista) del derecho que ejemplifica claramente lo que Joseph Raz ha denominado “la justificación de los derechos atendiendo a la relación entre la preocupación por el titular de los derechos y por el bienestar público”.²¹

La idea de Raz –a la que considero, aun y pese a todas las diferencias que existen entre los planteamientos de ambos autores, Rorty podría adherirse específicamente en este punto– sintetiza el cambio cultural radical del que Rabossi se hace eco en su radical proclama de que el fundacionismo en materia de derechos ha muerto. En la misma línea de la conferencia *Oxford Amnesty*, Raz argumenta que el derecho se explica por la función social que cumple y no por el respaldo metafísico que lo sustenta. A menudo suele interpretarse erróneamente, nos dice él, que existe una fuerte conexión conceptual entre el derecho y el interés de a quien éste ampara, en el sentido en que se supondría que los derechos están siempre al servicio de los intereses de sus titulares. Sin embargo nos pide pensar en el siguiente ejemplo: puedo ser propietario de algo que tenga poco valor para mí, por ejemplo, una camisa vieja. Como es mi camisa, los demás tienen el deber de respetar mis derechos sobre ella, ya que los derechos siempre justifican la existencia de obligaciones para algunos otros. “Esto en sí demuestra que el derecho excede en importancia el interés que protege, ya que si no tuviera yo un derecho sobre ella, mi interés en la posesión de la camisa no sería suficiente para justificar que los otros tengan el deber de permitirme que la tenga”.²² La conclusión que de esto se extrae es que los derechos –y el cuerpo jurídico de reglas que los sancionan y los respaldan– son independientes de los intereses de una persona. Representan objetivos sociales ajenos y se justifican porque, sirviendo al interés de sus titulares, se beneficia el interés de otros, siendo esto lo que contribuye a determinar su valor.

Richard Rorty y el positivismo jurídico como enfoque metodológico

Tenemos, entonces, que la visión funcionalista del derecho (funcionalista en el sentido y la connotación particular que Rorty da a este tér-

²¹ Raz, Joseph, “Los derechos y el bienestar individual”, en *La ética en el ámbito público*, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 58. Publicado por primera vez en *Ratio Juris*, 5/2, julio de 1992.

²² *Ibid*, p. 59.

mino en el contexto que hemos especificado *supra*), junto a la concepción acerca de la normatividad y el ataque frontal al iusnaturalismo que encontramos en el pensamiento pragmatista, nos permite ya trazar las conexiones entre la filosofía del derecho del antiguo profesor de literatura de Stanford y el positivismo jurídico en tanto que enfoque metodológico. Una manera útil de ejemplificar esta visión pragmatista del derecho (o funcionalista) creo podemos hallarla en Dworkin, específicamente en el contexto de su interesante polémica con Hart. Ahí Dworkin se refiere a esta visión pragmática que concibe y explica el derecho a partir de su utilidad social relativa, a la que denomina “una teoría del deber fundada en reglas sociales” [*social rules theory of duty*]. La resume así:

Hay deberes cuando existen reglas sociales que establecen tales deberes. Existen reglas sociales cuando están reunidas las condiciones que caracterizan una práctica de la que se pueden extraer aquellas reglas. Dichas condiciones están reunidas cuando los miembros de una comunidad se comportan de cierta manera, de modo que esta conducta *constituye* una regla social e impone un deber.²³

Esta concepción del derecho resulta relevante para nosotros en la medida en que conecta directamente con la visión del positivismo jurídico como enfoque metodológico. En efecto, en su libro *El concepto del derecho* al que ya hemos hecho alusión antes, Hart ciertamente entiende el derecho de una comunidad como un conjunto de reglas sociales que establecen obligaciones. Sin embargo, la palabra *regla* no se aplica aquí *únicamente* a pautas concretas como “prohibido exceder el límite de velocidad en esta autopista”. Ésta es sólo una de las diversas reglas que integran un orden jurídico. Pero además –y he aquí una de las razones principales por las que el enfoque positivista de Hart debe ser considerado “metodológico”– hay estándares que operan como reglas en un sentido mucho más amplio, al modo de principios no tipificados ni codificados que establecen los criterios de validez jurídica vigentes en una comunidad dada. Reglas como: “no debe permitirse que nadie se beneficie de su propia conducta ilícita” cumplen la función de fijar un catálogo no escrito de normas de segundo orden (o secundarias). De ahí que la aportación metodológica del enfoque positivista re-

²³ Dworkin, D., “Seven Critics”, en 11 *Georgia L. Rev.* (1201), 1977.

presentado por Hart, consista en proponer un análisis del concepto de derecho basado en el complejo fenómeno social de la aceptación de reglas últimas cuya función consiste en establecer los criterios por medio de los cuales cada comunidad decide si una determinada regla es parte de su derecho (lo que explica que Hart denomine a estas normas no escritas como “reglas de reconocimiento”, pues son ellas la *auctoritas anómica* que confiere potestades judiciales, uno de los lugares privilegiados desde donde se faculta el orden jurídico).

Hemos dicho ya que en la medida en que Rorty niega tajantemente la existencia de una conexión necesaria entre derecho e ilusorios principios morales y de justicia universalmente válidos, su aproximación al enfoque positivista es definitiva. Sin embargo su concepción de la normatividad lo aleja con igual rotundidad del pseudo-positivismo y del positivismo teórico. ¿Hay razones –entonces– para afirmar que Rorty es un positivista jurídico que se adhiere al enfoque metodológico?

Debido a que la reflexión de Rorty sobre las normas y el derecho es muy próxima a la de Hart, creo que sí las hay. En concreto hay una idea central sobre la que ambas concepciones pivotan: la tesis de que ciertos hechos sociales, y sólo ellos, son los que suministran el criterio distintivo (y explicativo) para que en la comunidad algo cuente y deba contar como derecho.

Algo característico y constantemente presente en la filosofía de Rorty, es la convicción de que la racionalidad política y jurídica debe ser entendida como mediada culturalmente y entrelazada con los hábitos sociales, así que sus categorías, principios y procedimientos son circunstanciales y variables, lo que significa que los análisis de ésta han de realizarse en conjunción con otros análisis sociales, culturales e históricos. Renunciamos por tanto –como Kant lo pretendía– a desentrañar la naturaleza, alcance y límites de estructuras racionales trascendentes, para en lugar de ello optar ahora por estudiar los actos y los productos, las declaraciones y los textos, las prácticas y las instituciones en los que la racionalidad jurídica permanece encarnada. Siguiendo el camino de este punto de vista metodológico –réplica del que igualmente sigue el positivismo metodológico– llegamos a lo que Rorty

designa en *La filosofía y el espejo de la naturaleza* un “conductismo epistemológico”.²⁴

El conductismo epistemológico (en el sentido que Rorty confiera a esta expresión) afirma que “si entendemos las reglas de un juego lingüístico entendemos todo lo que hay que entender sobre las causas por las que se hacen los movimientos de ese juego [...por lo que] si somos conductistas en este sentido no se nos ocurrirá invocar ninguna de las tradicionales distinciones kantianas”.²⁵ En otras palabras, el conductismo epistemológico nos impele a “explicar la racionalidad y la autoridad normativa por referencia a lo que la sociedad nos permite decir, y no lo segundo por lo primero”,²⁶ esto es, nos exhorta a explicar la normatividad social de una comunidad local contingente a partir de un holismo coherentista que no se ve en la necesidad de acudir a apuntalamientos metafísicos u ontológicos de ninguna clase. Lo que Rorty nos propone es eludir adentrarse en el enigma de si el conocimiento humano tiene de hecho “fundamentos” para en lugar de ello preguntarnos si es que tiene sentido sugerir que los tiene, si es que acaso la idea de que la autoridad jurídica tiene una “base” en la naturaleza humana o real ha de resolverse en una tesis teórica de interés práctico. En último término ¿para qué discutir sobre esto? ¿qué utilidad hay en discutir si el fenómeno del derecho se justifica en fundamentos trascendentes o no? En palabras literales de Rorty: “¿por qué rascar donde no pica?”²⁷ De ahí que él mismo se guíe aquí por un principio pragmático fundamental tal y como este aparece formulado en el pensamiento de James, según el cual la única razón que tenemos para discutir una diferencia teórica es que ésta resulte relevante en el orden práctico.²⁸

²⁴ Rorty, Richard, *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton, New Jersey University Press, 1979. Versión al castellano en traducción de Jesús Fernández Z, *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, Cátedra, pp. 164-169.

²⁵ *Ibid.* p. 165.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Cfr. Giddens Anthony, Habermas Jürgen, Jay Martin, McCarthy Thomas, Rorty Richard et al., *Habermas y la modernidad*, Cátedra, Madrid, 1991, p. 259.

²⁸ El principio de referencia de James al que me refiero puede encontrarse en el ensayo de James titulado “Philosophical Conceptions and Practical Results”, en *The Journal of Philosophy, Psychology and Scientific Methods*, I, 1904. Ahí sostiene James: “supongamos que tenemos dos proposiciones filosóficas mutuamente excluyentes y contradictorias [...] si suponiendo la verdad de una no es posible prever ninguna consecuencia práctica para nadie en ningún momento o lugar que sea distinta a la que puede preverse si uno supone la verdad de la otra, en tal caso la diferencia entre ambas proposiciones no es una verdadera diferencia”. Peirce, por su parte, ex-

Como quiera que sea, al describirla en la forma que hemos citado líneas arriba, Dworkin también ha criticado duramente esa concepción metodológica y en particular la idea de deber que de ella emana fundada en la existencia de reglas o hábitos sociales.²⁹ En específico, su crítica sostiene que para la existencia de un deber no es condición necesaria que exista cierto estado de cosas fáctico susceptible de ser descrito en términos de una regla social.³⁰ En otras palabras, la afirmación de que existe una regla social –en tanto que enunciado descriptivo– puede corresponder a un cierto estado fáctico de cosas. Pero –y esto es lo esencial en su argumento– una situación fáctica no es suficiente para poder afirmar la existencia de un deber. Sólo si se da un cierto estado de cosas normativo [*a normative state of affairs*] en el que los miembros de una comunidad *tienen* un deber que ha sido fijado con independencia a reglas prácticas, creencias y hábitos sociales, la afirmación de que existe una verdadera regla normativa está justificada. Ello es así –concluye Dworkin– porque las reglas sociales y las reglas normativas (jurídicas y morales) son de naturaleza muy diversa. Si nos limitamos a afirmar que existe una regla o hábito social sólo nos estamos refiriendo a regularidades de comportamientos y a creencias, pero ninguna combinación de tales elementos *empíricos* puede producir un deber *ideal-normativo* genuino, porque la existencia de un hábito social no crea ni puede crear deberes de moral social o derecho positivo. Pretender hacer depender lo segundo de lo primero es una grosera forma de incurrir en la *falacia naturalista*.

No es lugar aquí para introducirnos en la compleja polémica Dworkin-Hart ni en la respuesta que este último podría dar a aquél. Es suficiente con advertir que el hecho de que la crítica de Dworkin a esta concepción afecte tanto a él como a Rorty, ofrece otra muestra clara de la proximidad entre el positivismo jurídico en su enfoque metodológico y la filosofía neo-pragmatista reivindicada por el antiguo profesor de Stanford.

presa la misma idea al afirmar en su artículo “How to make our ideas clear”, en *Popular Science Monthly*, num.13, pp.286-302 que “la totalidad de la concepción de un objeto se constituye por medio de la consideración de sus efectos prácticos”.

²⁹ *Ibid*, p.51

³⁰ Dworkin D, “The Model of Rules”, 35, en *Univ. de Chicago L. Rev.*(14), 1967, reimpresso en *Essays in Legal Philosophy*, R. Summers, 1968, p. 52.

Pienso, sin embargo, que con todo y ser correcta, la objeción de Dworkin se dirige a un blanco que no existe. La aseveración rortyana de que los agentes se limitan a decir “lo que la sociedad les deja decir” o a “actuar en conformidad con las normas del día” no debe ser tomada en sentido literal. El mismo Rorty se encarga ya de precisar que las situaciones sociales nunca están completamente determinadas ni algorítmicamente definidas, sino que son también constituidas por los participantes de una cultura que frecuentemente han de habérselas con problemas culturales y sociales que exigen la fijación de pautas ideales-normativas al margen de lo real-fáctico.

Es el propio Rorty quien así lo aclara con su importante (y muy poco conocida) teoría del “doble punto de vista” expuesta en el capítulo sobre epistemología hermenéutica de la tercera parte de su libro *La filosofía y el espejo de la naturaleza*: “ser conductista en epistemología –nos dice ahí– es considerar la investigación en nuestra cultura “bifocalmente”; esto es, constituida tanto desde el horizonte de un contra-fáctico ideal normativo como por “modelos adoptados en base a diversas razones fácticas e históricas”. Desde el primer punto de vista la fijación de contra-fácticos y pautas normativas son “la mejor idea que tenemos actualmente para direccionar y trascender lo que está sucediendo”. Bajo el segundo punto de vista constatamos “tan solo los hechos que una sociedad dada, o una profesión, o un grupo determinado, considera que constituyen un buen fundamento para afirmaciones de cierto tipo”³¹. Son puntos de vista incompatibles en el sentido de que no podemos utilizarlos simultáneamente –y mucho menos pretender derivar uno de otro–. Pero no hay ninguna razón ni ninguna necesidad de hacerlo ni de subsumirlos en una síntesis superior o en una especie de *Aufhebung* hegeliana (por otro lado, sólo consideramos opuestas dos alternativas si pensamos que habría de existir una perspectiva reunificadora, lo cual no tiene porqué ser así). Podemos pasar de un punto de vista a otro para servirnos de ello como un principio útil de regla metodológica. Esto no debe ser entendido como “un proceso que exija una nueva comprensión del conocimiento humano”,³² sino simplemen-

³¹ Rorty, Richard, *Philosophy and the Mirror of Nature*, Princeton, New Jersey University Press, 1979, pp. 385-386. Trad. al castellano de Jesús Fernández Z., publicada en *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, Cátedra, pp. 347-348.

³² Rorty, Richard, *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge University Press, Nueva York, 1991, p. 386.

te como una sugerencia que nos pide percatarnos de un hecho simple: la cuestión de que algunas veces nos encontramos mirando nuestra cultura desde “una cierta distancia”, mientras que otras, por el contrario, entendemos nuestra cultura involucrándonos e identificándonos de lleno en ella. En el primer caso adoptamos el punto de vista de “un observador”; en el segundo adoptamos el punto de vista de “un participante”.

Ahora bien, el punto de vista del observador no es la mirada del *Aleph* borgiano; ese ojo celeste que nos permite verlo todo desde todos los lugares o desde ninguna parte –lo que viene a ser lo mismo–, contemplando el universo como a Hegel le habría gustado: en su despliegue completo y a partir de todas sus implicaciones y ángulos posibles. El punto de vista del observador, por el contrario, representa más bien la perspectiva del sociólogo o el historiador, el etnólogo o antropólogo posicionado necesariamente en una perspectiva limitada, un lugar y léxico específico, lo que le permite entender los hábitos y costumbres de un grupo social determinado. En la misma forma en que no podemos considerar al observador como una presencia trascendente y mística capaz de analizar su mundo con un total desprendimiento de prejuicios, tampoco podemos considerar al participante como lo que Garfinkel y MacCarthy denominan “un imbécil cultural”,³³ un idiota incapaz de moverse por su propia cuenta y con independencia de lo que su cultura exige. La descripción de los actores sociales como seguidores ciegos e irreflexivos de normas y prácticas es completamente inverosímil. En lo personal atribuyo mucha responsabilidad en el desarrollo de este prejuicio a la nociva influencia que la sociología de Durkheim tuvo durante buena parte del siglo pasado. De acuerdo a los modelos inspirados en sociologías afines, el participante en una práctica comunitaria vinculante actúa de acuerdo con alternativas de acción preestablecidas y legitimadas. Dado que la cultura común no hace más que proveer fuerzas que –utilizando palabras de Durkheim– “siempre actúan a espaldas del individuo”, éste deviene actor pasivo de la estructura social, lo que le vuelve incapaz de utilizar los recursos críticos que la cultura pone a su disposición. De aquí surge una descripción que niega flagrantemente el papel activo que las personas –y desde luego el

³³ Garfinkel, Harold *Studies in Ethnomethodology*, Englewood Cliffs, N. J., 1967, citado por Thomas McCarthy, en: *Ideals and Illusions. On Reconstruction and Deconstruction in Contemporary Critical Theory*, traducción al castellano *Ideales e ilusiones*, Tecnos, Madrid.

jurisconsulto– pueden tener en la creación, sostenimiento, o regeneración de los significados sociales que regulan y determinan las situaciones de su interacción. Pero esta descripción del participante resulta a todas luces errónea e inútil. Al menos –y desde luego– no es esa la descripción de la que parten el positivismo jurídico metodológico de Hart ni el pensamiento pragmático de Rorty. Ambos entienden y aceptan el carácter complejo de la normatividad y que no hay concepto general de deber que pueda dar cuenta de toda la clase de deberes que existen. Sin embargo ambos también entienden que existen diversos conjuntos de reglas sociales que formulan diversos requerimientos a los hombres, y que la elucidación de este fenómeno social es una condición necesaria para comprender y postular el concepto de deber normativo y contrafáctico que reivindica Dworkin. Al mismo tiempo, no obstante, ninguno de ellos deja de asumir el otro punto de vista, aquel que se aleja de la mirada del participante implicado en las prácticas sociales para asumir la perspectiva del observador que, desde la distancia, es capaz de reconocer el carácter formativo, transformador y dinámico que la normatividad jurídica y el derecho ha de ser capaz de introducir en la mecánica social.

Llegado a este punto quisiera terminar haciendo un breve recuento: he intentado mostrar las razones por las cuales considero plausible aproximar el enfoque sobre la normatividad que hallamos en varias de las obras de un filósofo como Rorty al modelo metodológico positivista que hallamos en un jurista como Hart. Hart se distancia drásticamente de concepciones jurídicas como, por ejemplo, la de Austin, ya que aprecia en ellas una lamentable ceguera para explicar el complejo fenómeno social de la aceptación común de ciertas reglas. ¿Por qué las normas son obedecidas? La argumentación de Hart se orienta a probar –de nuevo contra la lógica austiniana– que la respuesta a dicha interrogante no puede limitarse a concebir las normas jurídicas como órdenes u imperativos, impuestas por un poder soberano, pues aquéllas difieren de éstas en contenido, funciones, modos de origen y ámbito. En lugar de semejante explicación, Hart propone un análisis alternativo del concepto de derecho basado en el análisis de la aprobación de reglas últimas de reconocimiento que establecen los criterios por medio de los cuales cada comunidad decide si una determinada regla forma o no parte de su derecho. Las reglas de reconocimiento permiten identificar, como reglas del sistema, normas que no necesariamente son legisladas.

Nada impide que estas reglas admitan como fuentes autónomas del derecho costumbres, reglas generales derivadas de las decisiones de casos concretos, el hecho de haber sido sancionadas por un cuerpo específico, o su relación con las decisiones judiciales.³⁴

En una ruta muy similar, Rorty sostiene en sus *Oxford Amnesty Lectures* que la principal función de la filosofía es compendiar nuestras intuiciones, hábitos y prácticas culturales, con el fin de explicitar las pautas que nos indican lo que debe hacerse en distintas situaciones. Dicho compendio –dice él– se construye mediante una generalización y un análisis de las proposiciones no polémicas que determinan e informan sobre cuáles cosas cuentan como normas y cuáles no al interior de una determinada práctica social.³⁵ En la medida en que tanto Rorty como Hart (aunque con base a razones y motivaciones sin duda diferentes), niegan la existencia de una conexión *necesaria* entre derecho y moral (si bien aceptan la existencia de muchos otros tipos de conexiones entre uno y otra), no hay duda de que ambos son positivistas. En la medida en que, tanto Rorty como Hart, explican el complejo fenómeno de la aceptación de reglas sociales a partir del análisis de las igualmente complejas prácticas sociales donde hábitos, costumbres, y normas consuetudinarias, operan como crisol que sedimenta o filtra ciertas normas al interior del sistema excluyendo otras; ambos pueden ser considerados positivistas metodológicos.

Este enfoque es susceptible de la crítica que Dworkin (y muchos otros) han identificado, al sostener que la existencia de un deber no puede derivar de un cierto estado fáctico de cosas. De manera similar –si bien en el contexto de otra disputa– Habermas ha llamado a no confundir aceptación con aceptabilidad.³⁶ En esa misma tesitura –sostiene Dworkin– cuando nos limitamos a afirmar que existe una regla o hábito social sólo nos estamos refiriendo a regularidades de comportamientos y a creencias, por lo que debemos tener presente que ninguna combinación de tales elementos *empíricos* puede producir un verdadero deber en sentido fuertemente normativo.

³⁴ Hart, H., *The Concept of Law*, *op. cit.*, p. 92.

³⁵ Véase, Rorty, Richard, "Human Rights, Rationality and sentimentality", en *On Human Rights. The Oxford Amnesty Lectures*, *op. cit.*, p. 121.

³⁶ Habermas, J. "Reconciliation through the Public Use of Reason", en *Journal of Philosophy*, 92, 3, 1995, p. 122.

He querido hacer ver que esta crítica –aunque importante y digna de ser tomada en cuenta– pierde de vista el análisis que tanto Hart como Rorty están realmente llevando a cabo desde un enfoque positivista estrictamente metodológico (aunque, claro está, uno desde la perspectiva de la filosofía y el otro desde la perspectiva del derecho); esto es, una explicación meramente *descriptiva* del complejo modo en que se producen y aceptan algunas normas sociales. Ello no es óbice para que, eventualmente, tanto el jurista (Hart) como el filósofo (Rorty) sean capaces de ir más allá del enfoque descriptivo del participante en una práctica social, y, dado el caso, puedan adoptar la perspectiva más alejada del observador que de este modo logra no únicamente vincularse con convicciones o prácticas sociales ya dadas, sino también juzgarlas en términos morales.

Recepción: 17/08/2010

Aceptación: 12/08/2011