

JOHN GARDNER

**EL DERECHO
COMO UN SALTO DE FE**
Ensayos sobre el derecho en general

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
CAPÍTULO 1. EL DERECHO COMO <i>UN SALTO DE FE</i>	11
1. EL DESAFÍO SOCRÁTICO	11
2. DE DIOS A LA <i>GRUNDNORM</i>	17
3. RELAJANDO LA ANALOGÍA	21
CAPÍTULO 2. POSITIVISMO JURÍDICO: CINCO MITOS Y MEDIO	27
1. AISLANDO EL POSITIVISMO JURÍDICO	27
2. ¿POR QUÉ TAN MAL ENTENDIDO?	31
3. LOS MITOS.....	33
3.1. El valor de la positividad.....	33
3.2. El estado de derecho.....	36
3.3. Adjudicación positivista	41
3.4. Legislación judicial	44
3.5. Interpretación	48
3.6. La tesis de la «conexión no necesaria»	53
4. POSITIVISMO JURÍDICO PARA ABOGADOS IUSNATURA- LISTAS	56
CAPÍTULO 3. ALGUNOS TIPOS DE DERECHO	59
1. DERECHO LEGISLADO	60
2. DERECHO CONSUECUDINARIO	69

	Pág.
3. LA JURISPRUDENCIA	76
4. EL <i>COMMON LAW</i>	84
5. EL DERECHO POSITIVO.....	87
CAPÍTULO 4. ¿PUEDE HABER UNA CONSTITUCIÓN ESCRITA?	91
1. LA POSIBILIDAD DE UNA CONSTITUCIÓN NO ESCRITA	91
2. EL DILEMA DE UNA CONSTITUCIÓN ESCRITA.....	99
3. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO EN SU LUGAR PROPIO....	103
4. DE VUELTA A LA CONSTITUCIÓN ESCRITA.....	115
CAPÍTULO 5. CÓMO AFIRMA EL DERECHO, QUÉ AFIRMA EL DERECHO	123
1. LA CAPACIDAD DEL DERECHO DE PRETENDER	124
2. LAS AFIRMACIONES DEL DERECHO COMO AFIRMACIONES MORALES	129
3. CORRECCIÓN, JUSTICIA, AUTORIDAD	135
4. UNA CONEXIÓN NECESARIA.....	140
APÉNDICE: SOBRE LAS AFIRMACIONES DE HOLMES.....	141
CAPÍTULO 6. CASI DERECHO NATURAL	145
1. HUMANIDAD, RACIONALIDAD, MORALIDAD	145
2. NORMA Y NORMATIVIDAD	149
3. EL DERECHO Y SU CASO CENTRAL	155
4. LAS LEYES COMO PRESUNTIVAMENTE OBLIGATORIAS MORALMENTE	164
5. DERECHO NATURAL PARA POSITIVISTAS JURÍDICOS	168
CAPÍTULO 7. LA LEGALIDAD DEL DERECHO	171
1. EL GÉNERO Y SUS ARTEFACTOS	172
2. DEL GÉNERO A LA PRÁCTICA.....	178
3. LEGALIDAD COMO UN IDEAL.....	183

	Pág.
CAPÍTULO 8. LA SUPUESTA FORMALIDAD DEL ESTADO DE DERECHO	187
1. LA MORAL INTERNA DEL DERECHO	187
2. FORMALIDAD: DOS PUNTOS DE PARTIDA FALSOS	190
3. NO FORMAL SINO MODAL	196
4. ¿UN IDEAL MORAL VÁLIDO?	202
5. ¿COMPATIBLE CON UNA ENORME INIQUIDAD?	207
 CAPÍTULO 9. HART SOBRE LEGALIDAD, JUSTICIA Y MORAL.	 211
1. «NO HAY CONEXIÓN NECESARIA»	211
2. DEL DERECHO A LA LEGALIDAD	214
3. DE LA LEGALIDAD A LA JUSTICIA	219
4. DE LA JUSTICIA A LA MORAL	222
 CAPÍTULO 10. LA VIRTUD DE LA JUSTICIA Y EL CARÁCTER DEL DERECHO	 227
1. ¿POR QUÉ JUSTICIA?	227
2. LAS VIRTUDES MORALES Y SUS HORIZONTES	229
3. LOS HORIZONTES DE LA JUSTICIA	231
4. EL MITO DE LA «JUSTICIA FORMAL»	235
5. LAS FORMAS DE LA JUSTICIA Y LAS FORMAS DEL DERECHO	237
6. LA EQUIDAD COMO REBELIÓN DE LA JUSTICIA FRENTE AL DERECHO	241
7. JUSTICIA EN LA ADJUDICACIÓN	243
8. EXTENDIENDO LA PRIORIDAD DE LA JUSTICIA	246
9. PRIMERA RESPUESTA: ASIGNACIÓN ACCIDENTAL	248
10. SEGUNDA RESPUESTA: BIENES NO-ESCASOS Y BIENES NO-ASIGNABLES	250
11. LAS VIRTUDES DEL DERECHO	253
 CAPÍTULO 11. EL DERECHO EN GENERAL	 255
1. LA «PREGUNTA SOCIOLÓGICA» DE DWORKIN	255

	<u>Pág.</u>
2. LA «SOCIOLOGÍA DESCRIPTIVA» DE HART	259
3. ¿CUÁN SOCIAL ES EL DERECHO?	264
4. DERECHO PURAMENTE CONSUECUDINARIO	272
BIBLIOGRAFÍA	283

CAPÍTULO 1

EL DERECHO COMO UN SALTO DE FE

1. EL DESAFÍO SOCRÁTICO

Eutifron: Por mí no tengo inconveniente en sentar que lo santo es lo que aman todos los dioses...

Sócrates: Eso es que vamos a ver muy pronto: sígueme. ¿Lo santo es amado por los dioses porque es santo, o es santo porque es amado por ellos? ¹

La pregunta que Sócrates hace a Eutifrón en el epígrafe no es un mero divertimento sofístico. Se trata de un auténtico desafío que amenaza seriamente los cimientos del teísmo en general. Esto se vuelve más claro si se asume la perspectiva judeocristiana, según la cual existe un solo Dios que es todopoderoso y omnisciente ²: Por una parte, se nos dice que cualquier cosa que este Dios nos ordene es correcta por el solo hecho de ser Él quien la ordena. Este es un aspecto de la omnipotencia de Dios. Por otra, se nos asegura que las cosas que Dios nos ordena eran ya, de por sí, correctas. Este es un aspecto de la omnisciencia de Dios. Pero ambas afirmaciones acerca de Dios y Sus mandatos no pueden ser simultáneamente verdaderas. O este

¹ PLATÓN, 1871: 24-25.

² Para efectos de simplificar la discusión, adopto aquí todo el aparato técnico que acompaña esta tradición, especialmente la referencia a Dios con mayúscula y el uso del pronombre masculino para identificarlo.

Dios hace una diferencia constitutiva³ con respecto a cómo deberíamos comportarnos o no la hace. ¿Por cuál de estas alternativas se ha de optar?

Por razones obvias, ninguna de estas opciones es totalmente atractiva para los teístas. Si se asume que los mandatos de Dios vuelven correcto aquello que, sin tomarlos en cuenta, sería incorrecto hacer, la credibilidad racional de Sus mandatos se vería cuestionada. Si, por el contrario, se asume que los mandatos de Dios solo nos piden hacer lo que de cualquier manera sería correcto, Dios parecería estar condenado a una redundancia racional. Los teólogos cristianos se han esforzado mucho intentando resolver el puzzle socrático. Kierkegaard, por ejemplo, con bastante osadía, optó por el primer cuerno del dilema, sosteniendo así que los mandatos de Dios pueden transformar en correcto lo que, sin considerar estos mandatos, sería incorrecto. Lo esencial del asunto, nos explica Kierkegaard en su obra *Temor y Temblor*, radica en comprender la diferencia entre dos puntos de vista. Para Abraham, asesinar a Isaac era incorrecto desde un punto de vista *moral*, pero correcto desde un punto de vista *religioso*, por el hecho de que Dios así lo ordenaba⁴. Sin embargo, la pregunta sobre si se adopta el punto de vista religioso o el moral no es susceptible de deliberación racional. Dentro de cada punto de vista hay razones, pero más allá no hay razones independientes para adoptar uno u otro punto de vista. Se trata de un salto no racional, aunque, en efecto (¿y por tanto?), de un salto valiente, ese que conduce a una persona hacia un punto de vista o al otro, y desde un punto de vista hacia el otro⁵. Ninguna de estas posiciones es absoluta, cada una lo es solo desde su propia mirada relativa, por tanto, ninguna tiene absolutamente nada que responder a la otra. Sin embargo, quienes realizan ese valiente salto para adoptar el punto de vista religioso, a pesar de no tener una razón independiente para hacerlo, se encuentran paradójicamente muy cerca de tener una posición absoluta o no relativa. Esta posición absoluta, ocupada solo por aquellos denominados por Kierkegaard como «Caballeros de la Fe», es una posición en la cual «mi contraste con la existencia [finita, moral] se expresa a sí misma constantemente como la

³ Ignoraré la posibilidad de que Dios establezca meramente una diferencia *epistemológica* para nuestro razonamiento, esto es, que Dios meramente asista nuestro *conocimiento* acerca de lo que debiéramos hacer sin afectar lo que debiéramos hacer. Ignoro esta posibilidad porque *a*) elimina la autoridad práctica de Dios (en beneficio de la autoridad puramente teórica), y con ello, burla la supuesta omnipotencia de Dios; *b*) toma toda su fuerza del ejemplo bíblico de Abraham e Isaac (que se discute más adelante), el cual no ilustra aspecto alguno que valga la pena analizar, a menos que ilustre el hecho de que Dios puede ordenar acciones que, si no fueran sus mandatos, serían actos verdaderamente repudiables, y *c*) no hay razón obvia alguna para pensar que el conocimiento que un creyente tiene de los mandatos de Dios es generalmente más confiable o menos vago que su conocimiento acerca de lo que es correcto sin tomar en consideración los mandatos de Dios, de manera tal que el caso general para concebir a Dios como una autoridad teórica en estos asuntos es difícil de comprender. Sobre la distinción entre autoridad práctica y teórica, véase RAZ, 1986a: 28-31 y 52-53.

⁴ KIERKEGAARD, 1983: por ejemplo, en 55 y 68-69 [1958: por ejemplo, en 47 y 58-59].

⁵ *Ibid.*: 48-49 [1958: 39-40].

más bella y segura armonía con ella»⁶. En otras palabras, para el Caballero de la Fe, la lucha racional entre lo moral y lo religioso se extingue, o más bien *trasciende*, en la condición de gracia divina.

[El Caballero] ha experimentado el dolor de la total renuncia [en pos de la religión] a aquello que más ama en el mundo; y gusta lo finito [la mera moral] con tan pleno placer como aquel que no ha conocido nada mejor [...]. Y sin embargo toda esa representación del mundo que él produce es una nueva creación [...]. Se ha resignado infinitamente a todo para recobrarlo todo en virtud del absurdo⁷.

La premisa aquí parece ser que el dilema en el que Sócrates centra su atención se disuelve si y solo si uno puede alcanzar esa auténtica unidad con Dios, la cual, como el absurdo más grande de la vida, no puede ser revelada, ni explicada, ni aceptada mediante ninguna indagación que pudiera satisfacer a Sócrates o a cualquier filósofo. El argumento racional es inútil para alcanzar a Dios; solo la fe puede lograrlo. Y cuando la razón termina y la fe comienza, incluso lo verdaderamente contradictorio puede ocurrir: Abraham, como Caballero de la Fe, puede reconciliar completamente la rectitud de su acción con la incorrección de esta, sin tener que hundirse de vuelta en ninguna posición relativa. Ya no hay más lucha entre puntos de vista competitivos. Las categorías mismas de lo bueno y lo malo quedan sobrepasadas por el carácter absoluto de Dios. Dadas las dificultades que tengo para expresar esta idea, probablemente ya sea evidente que me parece tediosamente oscura. Ese es precisamente todo el punto de Kierkegaard. El que todo esto sea oscuro para mí solo demuestra que no soy un Caballero de la Fe, porque los Caballeros de la Fe se glorifican en lo absurdo, y no lo evitan con perplejidad y desdén socrático.

Con su extraordinaria forma de disolver el dilema socrático, Kierkegaard descarta apresuradamente una alternativa más simple. Uno puede argumentar que Dios no es sino la personificación de la bondad y, por tanto, que Sus mandatos no son otra cosa que cápsulas de esa bondad en forma de imperativos. En consecuencia, estamos en lo cierto cuando decimos que los mandatos de Dios son correctos. Pero no son Sus mandatos porque sean correctos, ni son correctos porque sean Sus mandatos. No hay un orden explicativo que encontrar aquí, ni una posible prioridad lógica entre estas alternativas aparentes identificadas por Sócrates, porque al decir que un mandato proviene de Dios o que un mandato es correcto, en realidad estamos atribuyendo exactamente la misma propiedad al mandato en cuestión. De modo que un mandato de Dios es correcto *al ser* de Dios y, a la vez, es de Dios *al ser* correcto. Kierkegaard rechaza esta forma de disolver el dilema sobre la base de que, en su opinión, fracasa en rescatar a Dios de

⁶ *Ibid.*: 50 [1958: 41].

⁷ *Ibid.*: 40 [1958: 32].

la redundancia. En esta solución, «Dios se transforma en un punto invisible y se disipa como un pensamiento sin fuerza; su poder solo se ejerce en la moral que llena la vida»⁸. Pero Kierkegaard rechaza demasiado rápido esta solución. De hecho, cuando se trata de vislumbrar avenidas que amenacen con conducir a la redundancia moral de Dios, Kierkegaard procede, en general, de forma muy apresurada.

¿Por qué? Contrariamente a lo que sostiene Kierkegaard, del hecho de que Dios tenga el poder de ordenarnos hacer lo que sería incorrecto que hiciéramos si Él no lo hubiera ordenado, no se sigue que Dios tenga el poder de ordenarnos hacer algo malo o incorrecto. El solo hecho de que, de no ser por los mandatos de Dios, sería incorrecto que Abraham mate a Isaac, no demuestra, como asume Kierkegaard, que Dios ordena a Abraham hacer algo incorrecto. No se necesita cambiar de un punto de vista al otro, ni defender lo absurdo, para creer que matar a Isaac es incorrecto si Dios no lo ha ordenado y que es correcto si Dios así lo ha requerido. Ambas afirmaciones pueden ser afirmaciones morales ordinarias y ser sólidas sin caer en lo paradójico o absurdo. La tentación para dudarlo proviene de subestimar la totalidad de la omnisciencia de Dios. Dios, siendo omnisciente, sabe no solo lo que es correcto que Su pueblo haga independientemente de Sus mandatos, sino también lo que es correcto que ellos hagan *dada la existencia* de Sus mandatos. También sabe que estas dos acciones no necesitan ser idénticas. Él sabe, por ejemplo, que en algunas ocasiones puede ser valioso que las personas muestren que tienen fe en Él mediante la obediencia a Sus mandatos, incluso aunque se trate de mandatos que requieren hacer cosas que, de no ser porque han sido ordenadas por Él, serían incorrectas. La valía que tiene el que las personas muestren su fe en Dios puede inclinar la balanza, convirtiendo en buena una acción que sería incorrecta. Volviendo al caso de Abraham, sería incorrecto para él matar a Isaac si Dios no lo hubiera ordenado, pero hay que recordar que, al pedirle matar a Isaac, Dios está probando su fe. Si es valioso para Abraham demostrar su fe, entonces, ya que Dios se lo ha ordenado, puede ser correcto para él matar a Isaac. Todas estas afirmaciones pueden ser consideradas como afirmaciones morales ordinarias. No hay en este caso ninguna discontinuidad lógica que requiera el cambio de un punto de vista al otro. Si Abraham efectivamente adopta un punto de vista religioso con el propósito de identificar y actuar conforme a los mandatos de Dios, ello no significa que Abraham haya abandonado el punto de vista moral. Ello porque es posible que sea el propio punto de vista moral el que le exija a Abraham adoptar el punto de vista religioso, dado el valor moral de la fe.

Si ello es así, entonces el dilema socrático puede disolverse de la forma simple que he señalado, sin requerir de las maniobras extraordinarias de

⁸ *Ibid.*: 68 [1958: 58].

Kierkegaard. Dios no es sino una personificación de lo bueno, Sus mandatos son en sí mismos lo correcto. Siendo omnipotente, Dios puede ordenar cualquier acción y con ello convertirla en correcta para quienes la ha ordenado. Pero, siendo omnisciente, Dios solo ordena lo que es correcto. De ello no se sigue que Sus mandatos sean redundantes, es decir, que simplemente pongan de relieve lo que de cualquier manera (y con independencia de tales mandatos) sería correcto hacer. Ello porque Dios no solo ordena lo que sería correcto sin considerar sus mandatos. Dios ordena lo que es correcto *dada la existencia* de sus mandatos, y ello, como se explicó recién, no necesita en lo absoluto ser lo mismo.

Podría objetarse que el movimiento clave aquí reside en asumir que la fe en Dios tiene valor moral, y que este supuesto es auto-debilitante en virtud de los otros elementos que forman parte del esquema presentado anteriormente. Dios le ordena a Abraham matar a Isaac como una prueba de su fe. Matar a Isaac, como se explicó anteriormente, es una acción correcta tomando en cuenta el valor que tiene mostrar fe en Dios, aunque incorrecta si no se considera ese valor. Pero ¿por qué Dios *merece* esta fe, dado que ordena algo que, de no ser por esa orden, sería incorrecto? ¿Cuál podría ser el valor moral de tener fe en un Dios que ordena, efectivamente, que uno tenga fe en Dios? De hecho, ¿cuál podría ser la *racionalidad* de esto? ¿No estamos acaso forzados a volver sobre la maniobra de Kierkegaard, que hace que la rectitud de Abraham dependa de un salto de fe *no racional*? ¿No se reafirma a sí mismo entonces el dilema socrático adquiriendo una nueva apariencia?

No del todo. Muchas razones morales comparten la siguiente estructura: ser amigo de alguien es una razón para realizar actos de amistad, ser un juez es una razón para realizar actos judiciales, ser un ciudadano es una razón para cumplir con los deberes cívicos, etc. Puede parecer que estas razones se sostienen por su propio empuje. Pero por supuesto que ello no es así. Ellas presuponen, a su vez, que uno puede tener una razón para ser amigo de alguien, o para ser un juez, o para adquirir una determinada ciudadanía. Sin embargo, esa razón presupuesta puede ser muy modesta. Por ejemplo, uno puede hacerse amigo de alguien simplemente porque se disfruta de su compañía. Alguien puede querer convertirse en juez por el simple hecho de que sería bueno para su carrera. Alguien puede pretender adquirir una determinada ciudadanía por el simple hecho de que ello le permitiría escapar de la persecución sufrida en otra parte. La razón presupuesta de la que venimos hablando no necesita ser una razón moral. Tampoco necesita ser una razón para realizar, separadamente, cualquiera de los actos particulares que, como un amigo, como un juez, o como un ciudadano, uno debe realizar cuando se ha adquirido alguno de esos roles. Estos actos consecutivos se vuelven racionales, e incluso en algunos casos son requeridos moralmente, por el solo hecho de que uno es un amigo o un juez, pero no por la razón que, al principio, uno tenía para hacerse amigo de otra persona o un juez.