

## El relativismo, la objetividad y la justificación moral del derecho en la obra de Vernengo

Relativism, objectivity and the moral justification of law in Vernengo's work

Por María Serrana Delgado Manteiga

**Resumen:** el presente artículo aborda el pensamiento de Vernengo sobre la relación entre derecho y moral. Parte de la interrogante planteada por el autor, acerca de si es posible compatibilizar cierto relativismo moral con enseñar algo y la aprovecha para intentar justificar la posibilidad de aceptar cierta forma de relativismo que sea compatible con la objetividad moral (la posibilidad del error moral) y con otra forma de comprender los vínculos entre derecho y moral, donde la justificación del derecho sea una justificación moral, con ciertas características particulares relacionadas con su naturaleza institucional y su posibilidad de solucionar impasses decisorios producto de los desacuerdos morales profundos que experimentan las sociedades democráticas contemporáneas.

**Palabras clave:** objetividad moral; relativismo; absolutismo; desacuerdos morales;

**Abstract:** This article addresses Vernengo's thoughts on the relationship between law and morality. It starts from the question raised by the author about whether it is possible to make a certain moral relativism compatible with teaching and takes advantage of it to try to justify the possibility of accepting a certain form of relativism that is compatible with moral objectivity (the possibility of moral error) and with another way of understanding the links between law and morality, where the justification of law is a moral justification, with certain particular characteristics related to its institutional nature and its possibility of solving decision-making impasses resulting from the deep moral disagreements experienced by contemporary democratic societies.

**Key words:** moral objectivity; relativism; moral absolutism; moral disagreement

Fecha de recepción: 24/7/2023

Fecha de aceptación: 3/10/2023



## El relativismo, la objetividad y la justificación moral del derecho en la obra de Vernengo

Por María Serrana Delgado Manteiga\*

### I. Introducción: la obra de Vernengo y su concepción de los vínculos entre el derecho y la moral

Vernengo se preguntó, en ocasión del homenaje que la UBA le realizó en 2012, en su calidad de profesor emérito, “¿cómo es posible enseñar si consideramos que tenemos que tener un cierto relativismo político y moral?” (Vernengo, 2012). Sobre esta pregunta y las tensiones que plantea es que gira el presente artículo. Creo que, en un momento tan importante de la vida de un académico, como era el caso del homenaje que le estaba realizando su hogar intelectual, que eligiera esta cruda pregunta para formular (además de su evidente preocupación por este tema), habla de su gran honestidad de pensamiento. Esta interrogante evidencia ciertas tensiones teóricas que la mayoría de los autores positivistas y, especialmente de la escuela analítica, no han podido resolver de forma satisfactoria. Lo que Vernengo se está cuestionando es, ¿si soy un relativista moral y por ende, entiendo que no hay algo así como una verdad, en materia de filosofía jurídica, qué es lo que legítimamente puedo enseñar? ¿Hay un conocimiento objetivo para transmitir a los estudiantes de filosofía del derecho?

En su artículo de doxa sobre el relativismo, Vernengo considera que no es posible evitarlo (Vernengo, 1987, pp. 254-255), pero a lo largo de su vida académica se interesó por problematizar acerca de los vínculos entre derecho y moral, y si bien en algunos pasajes de su obra coquetea con cierta corriente escéptica en materia moral, no es un escéptico, ya que no niega que exista un vínculo entre derecho y moral, aunque hasta el final de su carrera dichos vínculos le parecieron indeterminados y de difícil fundamentación (Vernengo, 1991).

---

\* Universidad de la República (UDELAR) (Uruguay). ORCID: 0000-0001-8888-8160. Correo electrónico: serranadelgadam@gmail.com

Su clara afiliación al positivismo jurídico y su pertenencia a la escuela analítica del derecho, (Chiassonni, 2017; Atienza, 1984) su vocación por los problemas lógicos y su preocupación por la discusión en torno a una posible ciencia jurídica, lo hicieron ver con recelo cualquier afirmación que defendiera una justificación moral del derecho. En su opinión, este tipo de posturas evidenciaba una fundamentación de tipo metafísico, contrapuesta a la noción del derecho como una institución humana y social (Vernengo, 1990).

En su ya aludido artículo “Relativismo ético y justificaciones morales” remarca la “histórica distinción entre derecho (o política) y moral” (1987, pp. 249). Y atribuye a algunos intentos de fundamentación moral, cierta nostalgia religiosa y la adopción de creencias irracionales. Resalta que la tesis de Garzón Valdés, con la que discute en este trabajo, no merece esos juicios, sino que se debe a la consideración de dicho autor de que las acciones, en tanto eventos fácticos, no se justifican por sí mismas, sino se apela a ciertos principios normativos. Garzón, con quien Vernengo polemiza, considera que la justificación del Derecho es moral. En opinión de Vernengo, el enemigo de la tesis de Garzón es el relativismo ético. Vernengo define al relativismo ético como “sostener que algo sea P y no P... sin aceptar que se da una contradicción y que tanto uno como los oponentes pueden estar igualmente acertados”. Sostiene que la verdad de una proposición es constante y que una proposición no puede ser a veces verdadera y a veces falsa. Violar el principio de no contradicción, nos aparta de la posibilidad de un pensamiento racional. (Vernengo, 1987, pp. 250).

“[...] no significan incurrir en un escepticismo teórico y práctico estéril. Implican delimitar el ámbito efectivo en que ciertos tipos de conocimiento, como el de la jurisprudencia dogmática, se cumplen, de otros, como el de las normas morales, en que no existen ciencias paradigmáticas normales. Ello apunta a que en ese dominio no se ha constituido un campo objetivo y un marco conceptual generalmente aceptado, pero no significa negar la existencia de datos valorativos, morales u otros. Dado que no existe un conocimiento objetivo, intersubjetivamente válido, de los valores morales, parece utópico referirse a ellos como fundamento último de justificación” (Vernengo, 1987, pp. 253).

En el mismo artículo distingue distintos tipos de relativismos morales: uno que niega la posibilidad de todo juicio moral; otro más atenuado que niega la posibilidad de formular juicios morales y que en caso de pronunciarse sólo debería aplicarse al sujeto

que lo pronuncia y, por último, otra forma de relativismo, todavía más atenuado, que formula juicios ateniéndose a los valores de los destinatarios y no de quien los formula. Este tipo de relativismo más atenuado, si bien niega la posibilidad de generalización y toda pretensión de verdad, no niega la posibilidad de una consideración racional de los problemas morales.

Esta última afirmación de Vernengo, citando las distintas posiciones de relativismo y contemplando la posibilidad de conservar la racionalidad de los problemas morales parecería alejarlo de una visión escéptica, sin embargo, deja clara su desconfianza por aquellas posiciones que consideran que hay valores morales o razones últimas que justifican las acciones en el campo jurídico, considerando que en muchos de esos casos parecería esconderse una posición religiosa, donde la verdad es un “mero valor” (Vernengo, 1987, pp. 255).

Conceptualizó a la moral y al derecho como ontológicamente diferentes, pero reconoció que la relación era problemática y que alguna intersección se da entre ambos campos, destacando que algunos juristas consideraban al derecho incluido en la moral y otros autores positivistas entendían que se trataba de órdenes excluyentes (Vernengo, 1991, pp. 205).

Se preocupó en separar la moral y el derecho como conjuntos normativos, en tanto enfatizó que la estructura de las normas jurídicas y morales son diferentes y que los conjuntos no son coextensivos, y se pronunció por entender que se dan vínculos laxos entre ambos órdenes normativos.

“[...] mis aspiraciones de un mundo práctico ideal, donde la autonomía moral de los sujetos quede resguardada y donde la validez del derecho no esté coartada por la injerencia moralizante de nadie. Pues, si de resguardar la moral se trata, todo lo que se propone es que quien considera que algo está moralmente vedado, pueda jurídicamente omitir el acto cuestionado: quizás moleste a alguien una exhibición pública, como una película o un programa de televisión. Mientras nadie esté obligado jurídicamente a presenciar tales cosas, no parece que su dignidad moral se vea menoscabada, puesto que mantenerla dependerá exclusivamente de sus propios actos” (Vernengo, 1991, p. 207).

Como se aprecia de la cita anterior, tuvo la inquietud de problematizar en torno a los vínculos del derecho y la moral, y enfatizaba los conceptos de “autonomía moral” y “mundo práctico ideal”. Las preocupaciones del autor pasaban por considerar que no era

posible exigir que toda norma jurídica tuviese un fundamento moral, y como corolario, si una norma jurídica no lo tenía, no por dicha razón dejaba de pertenecer al derecho objetivo.

Conceptualizaba a las normas jurídicas como dotadas de mayor precisión que las normas morales. Visualizaba como un problema que las normas morales estuviesen planteadas en términos universales, y sin señalarse correctamente su ámbito de aplicación. Las normas morales son universales y son verdaderas intemporalmente, mientras que el derecho es histórico y contingente. La insuficiencia sintáctica que tiene las prescripciones morales hace pensar que la cuestión de que las normas morales valgan universalmente plantea dilemas morales, ¿está justificado que podamos mentir sobre el paradero de un perseguido político que los torturadores buscan en mi casa? ¿Qué sucede con las mentiras banales sobre convenciones sociales? Las normas jurídicas suelen tener, en su opinión, una delimitación temporal mucho más precisa y el transcurso del tiempo tiene, en el derecho, efectos relevantes, como es el caso del instituto de la prescripción, aunque parecería carecer de sentido pensar en una norma moral que prescriba.

En el artículo “Normas jurídicas y normas morales”, Vernengo (1991) hace un esfuerzo por distinguir la estructura de ambos tipos de normas, no obstante, en algún trabajo anterior, como es el caso de su *Curso de teoría general del Derecho* (1976) ya había resaltado que no era una manera adecuada, distinguir a las normas jurídicas de las normas morales por su estructura, dado que es probable que una misma norma pueda ser moral y jurídica, por lo que, ni la estructura o forma, ni el contenido, puede ser suficiente para distinguir una norma moral de una jurídica y, en dicho trabajo, se pronunciaba por considerar que la diferencia debería provenir de su fuerza obligatoria. Las normas jurídicas serían creadas por algún procedimiento y por autoridades humanas y no así las normas morales. Las normas morales valdrían sin importar la manera o procedimiento en que fueron creadas. El legislador jurídico inventa la norma, el legislador moral parece descubrirla. No tiene sentido pensar en la verdad de una norma jurídica porque no sabríamos con qué hacer el cotejo, en cambio, un código moral representa la verdad misma. También resalta que las normas morales serían autoimpuestas, en la versión kantiana, mientras

que las normas jurídicas son impuestas por una autoridad determinada. Las normas morales presuponen valores absolutos, mientras las normas jurídicas presuponen valores relativos. Entendió a la objetividad de los valores como aquella que se da con el consenso de un grupo social. Concibió a la distinción entre derecho y moral como algo contingente (Vernengo, 1976, pp. 137-146).

La concepción de Vernengo en materia de ética es la predominante hasta la irrupción de los trabajos de Rawls (1971) y Mackie (1977), donde los temas morales se circunscribían a cuestiones de significado y no se discutían cuestiones de fondo. Vernengo afirma que decir que está prohibido mentir quiere decir que es malo mentir y decir que es obligatorio amar al prójimo significa decir que es bueno amar al prójimo (Vernengo, 1991, p. 212).

En su opinión, la tesis de que las normas jurídicas tienen que tener un fundamento moral es una tesis que merece mirarse con desconfianza, porque, al igual que Kelsen, la veía como un argumento para justificar moralmente cualquier derecho positivo. Frente a este problema, se agrega la concepción de que los principios morales tendrían prioridad temporal frente a las normas jurídicas, teniendo validez temporal desde siempre, frente a las normas jurídicas que son históricas y contingentes (Vernengo, 1991, p. 217).

A diferencia de otros autores positivistas, como he venido remarcando, se planteó el problema de la objetividad de la moral con toda crudeza, cuando al analizar la tesis de Habermas, citó a Cortina para sostener que la corrección de un juicio moral no puede ser igual a lo que una comunidad real sostenga, porque eso no parecería respetar la idea de sujeto autónomo (Vernengo, 1991, p. 221).

Su tradición analítica y su preocupación por la fundamentación lógica, en tanto encarnación de un ideal de racionalidad, lo hizo pensar en la indefinición de las cuestiones morales y en esa medida, en pensar a las relaciones entre derecho y moral como indefinidas también. Puso la mira en el foco de la cuestión, cuando resaltó que para la moral lo que es central es la autonomía del sujeto y consideró que para el derecho la autonomía del sujeto resulta irrelevante. La validez del derecho nunca puede depender del juicio moral del sujeto, porque, para el derecho objetivo, tal juicio moral resulta “descartable” (Vernengo, 1991, p. 224).

Pese a su desconfianza de todas las teorías morales y que no consideraba que un relativismo moral o ético fuese una catástrofe, le parecía que tenía sentido formular juicios morales o valores y hablar con sentido de los conceptos de norma moral, valor moral o sistema moral (Guibourg, 1996, p. 454)

Me interesa reflexionar especialmente acerca de esta última afirmación del autor, la que resulta clave para poder entender la propia dimensión normativa del derecho y por qué es posible conciliar la tesis de las fuentes sociales del derecho, con sostener que el derecho tiene una fundamentación que sólo puede ser moral, es decir, que no hay una normatividad jurídica por fuera de la normatividad moral.

## II. La moral en la concepción de Vernengo

Lamentablemente el positivismo jurídico, que está perfectamente acertado en su tesis central de las fuentes sociales (una tesis de trascendente importancia para poder comprender el fenómeno jurídico), no ha contribuido a brindar, en tanto teoría, una explicación completa del derecho. Tanto al sostener un escepticismo moral (Bulygin), como una suerte de expulsión del problema moral de los límites de la teoría del Derecho (Austin, Kelsen, Hart<sup>1</sup>), ciertos teóricos del positivismo han declinado poder explicar cuestiones fundamentales del derecho. Este terreno ha sido ganado por posturas formalistas (con las que nada tiene que ver el positivismo como tal) y por otras posturas *neoconstitucionales*<sup>2</sup> que no coadyuvan sino a banalizar los problemas morales que enfrentan las sociedades contemporáneas. Prueba de lo anterior es la cada vez más ingente cantidad de constitu-

---

<sup>1</sup> Simplifico al reunirlos a los tres en un mismo paréntesis. Kelsen era un escéptico moral. No aplica lo mismo para Hart, ni para Austin. Hart no era un realista moral, no consideraba que fuera posible la existencia de hechos morales, pero entendía que era posible un acercamiento *práctico* a las cuestiones morales.

<sup>2</sup> El neoconstitucionalismo parte de la idea de que la Constitución de un país puede “tragarse” la moral, como si la moral fuese un orden normativo más pequeño que el derecho, pero también el neoconstitucionalismo propende a que muchos serios problemas morales vean resignada su discusión a una argumentación de tipo semántico. Algunas Cortes Supremas en Latinoamérica suelen debatirse en un formalismo literal, donde lo único relevante parece ser la semántica del texto, junto con la proclama de oscuros principios generales de derecho de un contenido muy opaco.

ciones que mencionan los derechos morales, paralelamente a la sanción de tratados internacionales con la consagración de derechos inherentes al ser humano y el esforzado intento de los juristas de ver cómo compatibilizarlos con los textos normativos internos.

Las principales tesis que adopta Vernengo como propias de la moral son las siguientes: 1. Es absoluta. 2. Es universal. 3. Es producto de un dios, de la razón y no tiene su origen en los seres humanos. 4. Es atemporal. 5. Es la verdad misma. 6. Es imprecisa. 7. No tiene fuerza obligatoria. 8. Presupone la autonomía del sujeto. Sin embargo, estas tesis, puede que sean sostenidas por alguna teoría moral particular, pero no se encuentran justificadas para otras teorías morales que parecen más sólidas y justificadas.

Muchas de las objeciones que plantea se deben, en parte, a la tradición de considerar ciertas cuestiones como incompatibles, producto de la generalización de ciertas falacias de falsa oposición.

En cuanto a la primera característica señalada por Vernengo, por la que señala a la moral como absoluta, es posible distinguir el objetivismo moral del absolutismo moral. Considero que, para poder discutir racionalmente sobre los problemas morales, es necesario preservar el concepto de objetividad moral, esto significa básicamente que es posible juzgar el acierto o el error de determinado juicio moral, y es posible, en la misma línea, considerar errada cierta tesis moral. Esto significa que podemos decir sobre los juicios morales más de lo que podemos decir sobre el gusto por el dulce de leche. La capacidad normativa de la moral depende precisamente de preservar la tesis de la objetividad moral<sup>3</sup>.

Para el absolutismo moral no es posible la existencia de desacuerdos morales genuinos. Una tesis absolutista en materia moral, ignora la situación de las sociedades contemporáneas pluralistas, donde la existencia de tales desacuerdos es innegable. Eso no significa negar la posibilidad conceptual de que una tesis esté en lo cierto y la otra tesis incompatible no lo esté. A su vez, el absolutismo moral se comporta de la forma de una suerte

---

<sup>3</sup> La objetividad moral está emparentada con la idea de verdad y en este sentido es posible establecer la existencia de una verdad moral, pero esto no significa que la teoría de la verdad en moral sea equivalente a las teorías de la verdad en la ciencia. No obstante, vale la pena resaltar que las teorías de la verdad han merecido mucho debate a nivel contemporáneo y ninguna teoría de la verdad parece plenamente satisfactoria. Al respecto puede verse Horwich (2010).



de *imperativo categórico* kantiano, donde nos reclama una conducta que deberíamos realizar en todos los casos y en todas las circunstancias. Pero esta tesis absolutista, no es idéntica al problema de la objetividad moral. Esta es la tesis que sostiene la corriente *humeana* del constructivismo moral, donde afirma la tesis de la objetividad moral, de cierto relativismo moral, sin colapsar en un subjetivismo total<sup>4</sup>. La tesis central que adopta el relativismo así entendido es que las razones son siempre razones internas (Williams) relativas al punto de vista práctico del agente (Street, 2008).

En cuanto a la segunda característica mencionada, a la moral entendida como “universal” (aunque esto puede significar varias cosas), los ejemplos que utiliza Vernengo nos sirven para entender qué quiere resaltar. El autor sugiere que, si es incorrecto mentir, debería ser incorrecto en todos los casos y en todas las circunstancias. Pone el ejemplo de los torturadores que van buscando a su casa a un perseguido político. Esta tesis, de considerar a los valores morales como absolutos que no admiten restricción, ni limitación de ningún tipo, también obedece a una concepción errónea. Ningún valor moral puede funcionar como absoluto, porque es necesario considerar todas las circunstancias del caso. Todos los derechos morales admiten cierta condicionalidad y admiten límites. En los ejemplos usados por Vernengo, no parece difícil pensar que una teoría moral justifique la mentira para proteger la vida o la integridad física de una persona.

En cuanto a la tercera característica de la moral entendida como proveniente de dios o de la razón, hay teorías morales muy plausibles, como es el caso del constructivismo moral, donde la teoría moral parte de agentes morales racionales (agentes prácticos) como somos los seres humanos y, por ende, la moral no es sino un producto de las personas. Son las personas las que, mediante un procedimiento racional, llegan a establecer ciertos principios morales (Street 2016; Bagnoli, 2022).

Con referencia a la cuarta característica, la de la atemporalidad de la moral, si se sostiene que la moral es construida por los seres humanos, como tal, sería contingente y su suerte estaría ligada a los propios seres humanos. Esto quiere decir que si se extinguiera el ser humano de la faz de la tierra, también desaparecería, junto con él, la moral.

---

<sup>4</sup> Para la idea de preservar la objetividad moral, al mismo tiempo que es posible sostener cierto relativismo, puede también consultarse Street (2008).

De la misma forma que si, por determinados descubrimientos científicos, cambiasen ciertas condiciones biológicas del ser humano, o si determinados bienes se tornasen más escasos o más abundantes de los que lo son en la actualidad, eso conllevaría el cambio de ciertas tesis morales. Lo anterior no significa mermar el carácter objetivo de la moral, o la posibilidad de hacer juicios morales de reproches a ciertas sociedades que vivieron en el pasado y naturalizaron cuestiones que hoy nos parecen deplorables, como, por ejemplo, la esclavitud<sup>5</sup>.

En cuanto a la quinta característica, la idea de concebir a la moral como la verdad misma, esta tesis tampoco parece justificada. Importa señalar, en primer lugar, que objetivismo moral y realismo moral, no son lo mismo. Desde que Mackie (1977) y su teoría del error irrumpiera en el campo de la filosofía moral, han surgido tesis alternativas al realismo moral, sin resignar la idea de una objetividad moral, es decir, la tesis de preservar la posibilidad del error moral. Así, de nuevo, el constructivismo moral y la lectura constructivista de la moral kantiana que hiciera Rawls (1980), permiten sostener que la verdad moral, no es la misma que la verdad de las ciencias duras (con todo lo problemática que es la noción también en las ciencias duras) por lo que el constructivismo se erige como una alternativa al realismo moral, ya que no es necesario apelar a la noción de hechos morales, que hagan verdaderos a los juicios morales<sup>6</sup>. La verdad de un enunciado moral no se da por su correspondencia con hechos morales, sino que la verdad moral, es una noción que tiene que ver con el razonamiento moral que hacen los seres humanos, en tanto agentes morales. Con lo que la moral y la verdad no son términos sinónimos, sino que la verdad es un atributo que se puede predicar de un enunciado moral, pero no como correspondiéndose con un hecho determinado, sino como producto del razonamiento moral<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> De todas formas, es necesario distinguir la objetividad moral de la cuestión de la responsabilidad moral. Que algo esté bien o mal, no significa que aquel que comete tal acción, que reprochamos como moralmente incorrecta, sea moralmente responsable por la acción que comete. De la misma manera que, si un demente, que padece alucinaciones, por ejemplo, comete un homicidio, habrá hecho algo malo, pero eso no significa que sea moral y legalmente responsable.

<sup>6</sup> Corresponde destacar que Rawls, en su abarcativa empresa teórica, no quiere detenerse en el concepto de verdad, y no le es un concepto igualmente cómodo, como sí lo es para otros constructivistas (Scanlon, 2003).

<sup>7</sup> Tanto Joseph Raz, como Ronald Dworkin, son realistas morales, conciben la existencia de hechos morales. Hay un debate muy interesante donde Street (2016a) señala las debilidades del realismo moral de Dworkin. Dworkin responde a algunas de estas objeciones, véase Dworkin (2011), específicamente en la nota número

La idea de verdad moral tiene, de todas formas, las dos notas características de la verdad (señaladas por todas las teorías de la verdad contemporáneas, incluidas las teorías deflacionistas de la verdad), la absolutez y la incondicionalidad. En virtud de la primera característica, no se admiten grados de verdad, un enunciado moral no es más o menos verdadero, es o bien verdadero o bien, falso. Por la segunda característica, el enunciado moral que hoy es verdadero también lo fue en el pasado (Horwich, 1998).

En cuanto a la sexta característica, la de la imprecisión de la moral, esto no se debe a que la moral carezca de estudiosos, o que no sea posible avanzar en el razonamiento moral. No parece justificado hablar de “imprecisión de la moral”, el razonamiento moral implica el balance de muchas razones y la consideración de todas las circunstancias del caso. De todas formas, lo mismo sucede con el razonamiento jurídico y con las normas jurídicas. Lo que sí posee el derecho, y en eso estriba precisamente su razón de ser, es un carácter institucional, lo que implica que en algún momento una decisión se toma por una autoridad y es la última palabra sobre el punto. La existencia de un conjunto de autoridades, de reglas secundarias, es lo que le da su carácter distintivo al derecho, en tanto sistema normativo.

En cuanto a la séptima característica, su falta de fuerza obligatoria, es necesario precisar qué quiere decir fuerza obligatoria. Desde el punto de vista material, está claro que la moral no puede compeler a nadie a hacer nada. El derecho, por el contrario, posee el monopolio del uso de la fuerza física, y esto significa que determinado sujeto puede ser obligado a cumplir determinada conducta. Pero el hecho de que alguien experimente una consecuencia desagradable o sea obligado a algo, no puede ser el rasgo característico del derecho. Si lo fuera, el derecho sería, para decirlo en términos austinianos, un asaltante a gran escala (Austin, 1832).

Nada diferenciaría a un ladrón que me amenaza con un arma para que le dé la cartera, de un inspector fiscal que me exige el pago de un impuesto. Precisamente en esto consistió la crítica demoledora que le hiciera Hart (1961) a Austin. El derecho tenía una normatividad que lo distinguía de la orden del ladrón. Esa característica era que estaba

---

9, p. 46-48. El realismo moral, específicamente en su vertiente no naturalista, concita mucha atención en la metaética contemporánea. Toda la colección de artículos editada a lo largo de casi 20 años, a cargo de Russ Shaffer- Landau, es un ejemplo de ello.

formado por reglas y que desde el punto de vista interno tales reglas implicaban razones para la acción.

El desvelo de Hart consistió en defender, desde una concepción positivista, que sostuviese una separación conceptual entre derecho y moral, cómo este punto de vista interno o esta normatividad del derecho era tal, sin caer en un punto de vista moral. O sea, cómo puede explicarse el carácter normativo del derecho, que este pueda imponer obligaciones y que esas obligaciones sean diferentes a cuando me veo obligado a una conducta por el temor de una consecuencia desagradable.

La teoría práctica de las reglas de Hart es deficiente para explicar el carácter normativo del derecho (Shapiro, 2011). Este fracaso no sólo se hace evidente por el debate posterior con Dworkin (1986), sino por el hecho de que autores positivistas, discípulos de Hart, sostuvieran que no hay un punto de vista jurídico que explique la normatividad diferente del punto de vista moral (Raz, 2009). En el apartado siguiente profundizaré más sobre este aspecto.

En cuanto a la octava característica que distingue a la moral del derecho, esto es, que la moral respeta la autonomía del sujeto, y que el derecho no lo hace, creo que conviene rescatar también en este caso el planteo que, desde un positivismo excluyente, hace Raz (1982; 2006). Raz en su tesis de la autoridad como servicio, sostiene que el derecho se caracteriza por operar mediante razones excluyentes de la acción que precisamente funcionan desplazando la decisión del sujeto, porque le ahorran al sujeto la necesidad de estar en cada caso pensando cuál es el curso de acción que debe tomar mediante un balance de razones. Raz, justamente ha sostenido que no es necesario para que una norma sea jurídica, hacer un examen de su contenido, porque justamente el servicio que brinda la autoridad jurídica es, precisamente, que no sea necesario ese análisis por parte de los sujetos. Pero este servicio el derecho lo presta en la medida en que tiene una pretensión de provenir de una autoridad legítima y eso significa que responde a la misma consideración de razones que haría un sujeto autónomo, de lo contrario no estaría prestando ese servicio. En definitiva, el sujeto autónomo no es menos relevante para el derecho con respecto a lo que lo es para la moral, lo que sucede es que la relevancia está considerada en un

punto anterior. Para que el derecho despliegue su fuerza obligatoria debería de provenir de una autoridad legítima.

Sin perjuicio de la teoría de Raz, otras teorías más conocidas como la teoría de Rousseau que concibió a la ley como una expresión de la voluntad general, se apoya en la idea de que los legisladores son representantes de la voluntad de los ciudadanos y en definitiva hay una suerte de auto-obligación cuando se sanciona una ley.

Por otra parte, la autonomía del sujeto en la moral, no significa que el sujeto pueda darse las reglas que su voluntad completamente libre le dicte, por el contrario, toda teoría moral implica también la sujeción a reglas que precisamente se caracterizan por no tomar en cuenta el autointerés (reglas de prudencia), o el interés de las personas por las que sentimos afecto, sino tomar en cuenta neutralmente los derechos de todas las personas.

Creo que el título de la obra de Gardner (2011), autor que expresamente considera a una parte de su obra teórica como siguiendo la agenda de El concepto de derecho de Hart, El derecho como un salto de fe, donde ya en su introducción da cuenta de lo trascendente de la concepción del punto de vista jurídico y del problema moral, es muy representativo del hecho que los positivistas ya no entienden la relación entre derecho y moral, como lo hacían sus padres teóricos y que la tesis de la conexión no necesaria entre derecho y moral, no es hoy una tesis representativa del positivismo como tal, si es que algún día lo fue.

### III. El rol de la filosofía moral en la filosofía del derecho

El derecho tiene una capacidad normativa, su principal característica es normar conductas, esto significa que nos dice qué es lo que debemos hacer. Nos impone deberes, y tiene, al decir de Searle (1995), dicha normatividad muy “a la mano”, porque cuenta con una pluralidad de autoridades que todo el tiempo están sancionando normas, con contenido muy variado. En este sentido, la normatividad del derecho es tan vasta, y al mismo tiempo, al ser tan sencilla la condición de que alguien tenga autoridad tiene una normatividad muy delgada. Para que algo cuente como derecho, según la conocida y por todos

aceptadas, tesis de las fuentes sociales, basta con que una autoridad dicte, mediante el procedimiento estipulado, una norma jurídica para que esta sea tal.

Desde este punto de vista, la normatividad del derecho no se aleja demasiado, a la forma en la que nos obliga la orden de un asaltante: sabemos que si desobedecemos una norma jurídica probablemente vamos a experimentar una consecuencia desagradable. La tesis de las fuentes sociales es, como tal, muy poco ambiciosa y por ende, muy poco cuestionada. Basta, para que algo se pueda identificar como derecho, que haya sido sancionado por la autoridad competente. Y esta es una cuestión de hecho, de hechos sociales.

Si bien hay normas que son las que definen qué cuenta como una autoridad y qué cuenta como un procedimiento válido, para la teoría positivista, estas normas son una cuestión de hecho. Son determinadas prácticas sociales y su reconocimiento las que hace que algo cuente como una norma jurídica. Según la conocida tesis de Hart, de su teoría práctica de las reglas, primero son las reglas y después es la autoridad. Mediante esta tesis, Hart pretendía dar una respuesta contundente a la paradoja de la autoridad de Austin (Shapiro, 2011), por la que no sabíamos a ciencia cierta cómo salir de la cuestión de que para que haya reglas tiene que haber autoridad que las dicte, pero, a su vez, no puede haber autoridad, si no es por la existencia misma de las reglas.

En opinión de Hart, la práctica concordante de una determinada comunidad y el reconocimiento de determinados criterios como identificadores de una regla jurídica, la regla de reconocimiento, es el criterio distintivo de que algo es derecho. Y esa práctica y esos criterios no son sino, una cuestión de hecho. El punto de vista interno de los participantes del grupo social, de entender crítica y reflexivamente a determinada conducta como obligatoria, Hart lo plantea como también una cuestión de hecho, de que los participantes de la práctica tienen esa creencia, pero el teórico del derecho no tiene por qué tener esa creencia.

En conclusión, para Hart, como para Kelsen, el deber jurídico, la obligación jurídica, son distinguibles de un deber o una obligación moral y como tales, lo único que implican es que una determinada autoridad puede compeler a alguien a hacer algo. El positivismo jurídico, como tal, con su tesis de las fuentes sociales del derecho, lo único que explica es cómo se identifica el derecho en una determinada comunidad, pero nada dice acerca de la

fuerza obligatoria del derecho, es decir, de la perspectiva del buen ciudadano, de aquel que entiende que más allá que pueda experimentar una consecuencia desagradable, tiene la convicción de que la conducta que le exige el derecho está justificada y como tal lo obliga. El iuspositivismo explica esta convicción como una convicción de hecho.

No explica, y no pretende hacerlo, y en algunas versiones del positivismo se plantea que no debería hacerlo (Bulygin, 2004), cuál es el fundamento por el que algo, por ser una norma jurídica, me obliga. Aun desde los propios presupuestos positivistas, que entienden que una teoría para ser una buena teoría tiene que describir de forma completa un fenómeno, resignar la explicación de por qué el derecho obliga, parece un déficit explicativo muy difícil de justificar.

Una vez que el positivismo asume, desde Hart y el debate posterior, que el derecho es algo diferente a un asaltante a gran escala, a órdenes respaldadas por amenazas y al hábito de obedecer a un soberano, es inevitable que la teoría se ocupe de explicar de qué forma el derecho obliga. Y esto implica explicar cuáles son los vínculos entre derecho y moral, y qué diferencia al derecho de la moral.

Para lo anterior es imprescindible entender qué es la moral y cuál teoría moral ha explicado mejor este otro orden normativo. Qué es lo que le da al derecho su distinción, y cómo podemos explicar su capacidad normativa. Entiendo que la tesis de la originalidad del derecho, que parece aquejar a unos cuantos teóricos, es lo que está detrás de la reivindicación de una normatividad especial, distinta a la normatividad moral. Ahora bien, aunque el derecho no tenga una normatividad diferente a la moral, esto no significa que sea redundante. No hay una redundancia en el derecho.

#### **IV. Conclusiones**

Despejada la cuestión de la no originalidad de la justificación moral del derecho, podemos avanzar en entender qué es lo que hace que el derecho tenga una función primordial en las sociedades contemporáneas. Además de la obvia cuestión de que no nos movemos en una sociedad de ángeles y que es necesaria la coacción del derecho, resta explicar

la situación del ciudadano medio que reivindica la moral, pero también reivindica el derecho.

Los representantes más conspicuos del positivismo en los últimos años, han incurrido en explicaciones sobre el valor agregado del derecho. Para Raz el derecho, además de ahorrar o simplificar el razonamiento moral (sin sustituirlo y sin ser concluyente), mediante reglas que funcionan como razones excluyentes, cumple un rol de coordinación, evitando malos entendidos (Raz, 1991). Otros autores han propuesto que el derecho ayuda a realizar los planes de vida de los individuos (Shapiro, 2011).

Algunos autores sugieren o dan a entender que el derecho cumple una función epistémica, ayudándonos a conocer las reglas morales. De todas formas, sigue habiendo en estas propuestas la búsqueda de una originalidad del derecho que no deja espacio para tratar con mayor profundidad la posición neurálgica que ocupa el derecho en relación con la moral.

También es posible entender que el derecho cumple un rol relevante desde el punto de vista operativo, solucionando el impasse decisorio propio de sociedades democráticas y plurales que enfrentan desacuerdos morales profundos. Y más allá de la reivindicación de que determinados derechos se plasmen en textos de derecho positivo, con la consiguiente discusión de si se trata de un bastardeo de los derechos o un avance en la construcción de una sociedad más democrática, la discusión se entorpece mucho si no asumimos que la filosofía del derecho tiene que tomar muy en cuenta a la filosofía moral y que el afán de originalidad no debería traicionarnos a la hora de comprenderlo.

Quizás la respuesta más pertinente sea que, en estos casos de desacuerdos morales, donde el razonamiento moral o la razón práctica experimenta una restricción y nos enfrentamos a un impasse decisorio, el derecho ofrece, en tanto sistema normativo, de una respuesta normativa, que sin ser ella misma moral, no podemos afirmar que sea inmoral, porque no tenemos elementos convincentes para hacer dicha afirmación. En estos casos el derecho funciona como si fuera un sustituto de la razón práctica y de la moral, que sin dotarlo de una función de justificación original, hace que sea, de todas formas, una respuesta distinta al autointerés o a las reglas de prudencia, que lo ubicaría, sólo en estos casos, en una dimensión de justificación normativa diferente de la moral y de la prudencia.



Esta sería una función normativa del derecho subsidiaria y no principal, pero quizás justifique su individualidad, es decir que, experimentando ciertas restricciones, aun considerando exclusivamente la perspectiva del buen ciudadano, podemos necesitar al derecho además de a la moral.

### **Bibliografía:**

- ATIENZA, Manuel (1984). *La filosofía del derecho argentina actual*. Buenos Aires: Depalma.
- BAGNOLI, Carla (2022). *Ethical Constructivism*. Cambridge, Cambridge University Press.
- CHIASSONNI, Pierluigi (2017). *La tradición analítica en la filosofía del Derecho. De Bentham a Kelsen*. Lima: Palestra.
- ENOCH, David (2011). *Taking Morality Seriously. A Defence of Robust Realism*. Oxford: Oxford University Press.
- GARDNER John (2012). *Law as a Leap of Faith*. Oxford: Oxford University Press.
- GREEN, Leslie (2009). "Legal Positivism", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*
- GUIBOURG, Ricardo (1996). "Entrevista a Roberto J. Vernengo". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 19, p. 437-458.
- HART, Herbert (1963). *El Concepto de Derecho* (trad. Genaro Carrió). Buenos Aires: Abeledo - Perrot,
- HORWICH, Paul (2010). *Truth - Meaning - Reality*. Oxford: Oxford University Press.
- RAZ, Joseph (2006). "El problema de la autoridad: de nuevo sobre la concepción de la autoridad como servicio". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29, pp. 141-175.
- RAZ, Joseph (2009). *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford: Oxford University Press.
- RAZ, Joseph (1999). *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*. New York: Oxford University Press.
- SCANLON, Thomas (1998). *What we Owe to Each Other*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- SEARLE, John (1995). *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós.
- SHAPIRO, Scott (2013). *Legalidad*. Madrid: Marcial Pons.
- STREET, Sharon (2008). "Constructivism About Reasons". En SHAFER-LANDAU, Russ (ed.), *Oxford Studies in Metaethics* (vol. 3). Oxford: Clarendon Press.
- STREET, Sharon (2016). "Objectivity and Truth: you'd Better Rethink it". En SHAFER-LANDAU, Russ (ed.). *Oxford Studies in Metaethics* (vol. 11). Oxford: Clarendon Press.

- STREET, Sharon (2016). "Constructivism in Ethics and The Problem of Attachment and Loss". *Aristotelian Society Supplementary*, Vol. 90 (1), pp. 161-189.
- VERNENGO, Roberto (1976). *Curso de teoría general del Derecho*. Buenos Aires: Coeditora de Derecho y Ciencias Sociales.
- VERNENGO, Roberto (1987). "Relativismo ético y justificaciones morales". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 4, pp. 247-255.
- VERNENGO, Roberto (1990). "Los derechos humanos como razones morales justificatorias". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 7, p.275-298.
- VERNENGO, Roberto (1991). "Normas morales y normas jurídicas". *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 9, pp. 205-224.
- VERNENGO, Roberto (2012). "Homenaje de la Facultad al Profesor Emérito Roberto J. Vernengo", *Derecho al día*, Año XI, Edición 203, 8 de noviembre de 2012.