

CAPÍTULO SEGUNDO

EL PROTAGONISTA AUSENTE ANÁLISIS IUSFILOSÓFICO POSITIVISTA

Bienamado hasta por el peligro, llegó
Tu instante de vacío absoluto mira allí
Entre los árboles tu sombra levanta un cadáver.

Roberto BOLAÑO¹²⁴

Se dice que la clásica y tajante división entre teoría y práctica dentro del campo jurídico ha generado un abismo. Un profundo distanciamiento entre el mundo de las ideas y lo que realmente sucede en tribunales, en los parlamentos, en los despachos de abogados, en la administración pública. Así, por lo general, antes que un diálogo recíproco entre teóricos del derecho y juristas prácticos, que retroalimente ambas experiencias, se fomenta cierta desconfianza entre dichos bandos. Como si fuera una especie de lucha por ver quién expresa y describe de mejor manera la experiencia del fenómeno jurídico, de forma paulatina se han venido desfasando las distintas perspectivas en juego, dejando márgenes bastante estrechos para combinar enfoques, o provocar interacciones tendientes a un comprensión integral y complementaria que sirva de base para dar cuenta de la vida social por medio del derecho.

Si bien es cierto que la esencia del análisis filosófico aplicado al derecho radica en la adopción de una visión prescriptiva que pueda desplegar valoraciones sobre el fenómeno jurídico para su mejora y eventual perfeccionamiento, también lo es que desatender las causas sociales que explican el origen de las reglas, su funcionalidad y operatividad, y su eficacia o ineficacia en sociedad puede resultar peligroso, pues, como escribió Carlos Santiago Nino, “si renunciamos a la investigación empírica y nos conformamos sólo con predicciones acerca de la vigencia de normas jurídicas, el resultado es que la ciencia jurídica aparecerá como una actividad rutinaria e intelec-

¹²⁴ “La victoria”, en *La universidad desconocida*, cit., p. 249.

tualmente poco exigente, que solo abusando del lenguaje podríamos llamar ciencia”.¹²⁵

En ese mismo sentido, Manuel Calvo ha llamado la atención sobre el hecho de que, “desde una perspectiva doctrinal, se ha defendido una aproximación fundada en premisas filosóficas que niega a los estudios socio-jurídicos la posibilidad de ser considerados como un conocimiento basado en valores de verdad, científicamente aceptable e, incluso, útil”.¹²⁶ Y es que en sintonía con una antigua tradición por fomentar el aislamiento dentro del derecho, apartando la comprensión del mismo de otras disciplinas, o incluso de cualquier tipo de consideraciones que se alejen del carácter autosuficiente que supuestamente conlleva su propia naturaleza, muchos filósofos del derecho se han encargado de elaborar un discurso totalmente apartado de la realidad, a partir de oscuras teorías y abigarradas y distorsionadas ideas de índole metafísica, difundiendo una filosofía exclusiva para filósofos, que no para operadores del derecho, ya no se diga para personas que no han sido instruidas o que conviven a diario con en este campo.

Ahora bien, el principal objeto de estudio de la filosofía del derecho no radica en estudiar a los operadores jurídicos respecto a sus interacciones con las normas del sistema, o en todo caso en conjugar el abordaje de elementos psicológicos, antropológicos, culturales, sociales, o de cualquier otro tipo que vaya más allá de un mero enfoque estructural. Sin embargo, no por nada Neil MacCormick ha afirmado en relación con las labores de los teóricos del derecho que “no debemos confundir nuestro trabajo con el de la sociología del Derecho, pero deberíamos llevar a cabo nuestros estudios con un conocimiento mucho más profundo de los desarrollos en la sociología y en otras ciencias sociales de lo que ha solidó ser el caso”.¹²⁷ Es decir, la desatención por las cuestiones fácticas y operativas que, por lo general, caracteriza a un particular tipo de análisis filosófico parcial, produce que factores tan relevantes de índole humana se obvien y terminen invisibilizándose por completo, parcializando una visión sobre el efectivo funcionamiento de las instituciones y de las prácticas jurídicas.

Porque, en definitiva, si tuviéramos que responder a la pregunta de qué disciplina en específico estudia las labores de los operadores jurídicos —las prácticas en concreto que realizan los abogados—, probablemente, la res-

¹²⁵ Nino, Carlos, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, México, Fontamara, 1985, p. 54.

¹²⁶ Calvo, Manuel, “¿Cabe el enfoque socio-jurídico en la teoría del derecho?”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, vol. 44, 2010, p. 372.

¹²⁷ Atienza, Manuel, “Entrevista a Neil MacCormick”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 29, 2006, pp. 485 y 486.

puesta no se orientaría hacia la filosofía del derecho, sino, más bien, hacia la sociología jurídica, pues no sólo de forma tradicional esta rama es la que se ha encargado de bosquejar los componentes que integran y desarrollan una profesión en el derecho, sino que también, de un tiempo para acá, la sociología del derecho se ha convertido en un amplio receptáculo de temas e ideas que permiten comprender de una forma más integral y multidisciplinar los emergentes y complejos fenómenos sociales en clave jurídica.

Sin embargo, antes que seccionar de forma categórica el estudio de las personas que usan precisamente las reglas de los sistemas jurídicos, de sus particularidades y sus caracterizaciones, sería preferible establecer condiciones para dotar de sentido teórico a las nuevas realidades jurídicas, para aprovechar las coyunturas en las que la filosofía del derecho puede apostar por un enfoque más sociológico que permita ampliar las perspectivas de conocimiento y esclarecimiento de lo que ocurre en sociedad, fomentando

una aproximación al conocimiento del fenómeno y los procesos del Derecho que bebe en fuentes plurales y propicia el intercambio de resultados entre opciones epistemológicas que se incardinan en diferentes campos del conocimiento —jurídico o no jurídico—, permitiendo así la conjunción de las ideas jurídicas o aproximaciones doctrinales al derecho con los métodos y las perspectivas de las ciencias sociales.¹²⁸

De tal forma que la ciencia iusfilosófica debería dedicarse a combinar de buena manera la teoría y la práctica, con el objetivo de generar una técnica tendiente a mejorar el entorno, pues el estudio del concepto del derecho, al final del día, se descubre como una construcción social forjada por sus múltiples operadores. Así lo afirma Massimo La Torre al referirse al importante papel de los operadores jurídicos dentro de la teoría del derecho, en el sentido de

intentar desarrollar nuevamente una teoría del Derecho para el jurista práctico, para las partes en las controversias jurídicas; y no sólo para el funcionario o el académico. No, ciertamente, el tipo de teoría que se encierra en sí misma; como por ejemplo ahora propone Joseph Raz, cuando dice que la teoría de la naturaleza del Derecho es una teoría filosófica. Es decir, se afirma, es una teoría donde los juristas no pueden siquiera decir algo sensato, y se reniega del punto de vista interno. Para mí, la filosofía del Derecho es algo que tiene sentido si está en el mundo de los juristas, de los prácticos del Derecho. Siempre digo: el Derecho es filosofía del Derecho. Esta es la manera más plausible

¹²⁸ Calvo, Manuel, “¿Cabe el enfoque socio-jurídico en la teoría del derecho?”, *cit.*, p. 392.

de entender la filosofía del Derecho. Evidentemente, esto no quiere decir que no haya que estudiar filosofía. El Derecho es filosofía, pero es filosofía dentro de la práctica de Derecho.¹²⁹

Es ampliamente conocido que, a partir de las últimas décadas, la posición y trascendencia que se les ha otorgado a los jueces resulta bastante contrastante frente a la teorización y análisis que desde la filosofía del derecho se le ha otorgado a los abogados. En ese orden de ideas, es posible distinguir que al día de hoy no se ha construido de forma integral y concisa una teoría jurídica que aborde la figura del abogado; mejor dicho, dentro del canon de la filosofía del derecho contemporánea el análisis en concreto del rol de los abogados y su relación con el sistema jurídico-político ha pasado completamente desapercibido.

La ausencia del abogado, en contraposición con la preponderancia que tiene el juez dentro del *common law* y respecto al legislador en el *civil law* (debido a que el derecho es, sobre todo derecho legislado, creado por la autoridad política),¹³⁰ ha generado una polarización entre ambos actores cuando se incluye el análisis sociológico dentro de la teoría jurídica. De tal forma que los abogados han sido relegados a un plano menor, en el que, en definitiva, su abandono teórico tiene mucho que decir, porque “como reza una conocida ley de la lingüística, la ausencia de signo también es significativa”.¹³¹

Ahora bien, el solo hecho de no estar presentes no quiere decir que no se pueda hablar del rol de la abogacía en clave iusfilosófica. Porque si la ausencia se limitara a expresar falta o privación de algo, de lo que trataría este trabajo, simplemente, sería de levantar un acta de la desatención por parte del grueso de la teoría jurídica contemporánea respecto a la abogacía; es decir, de demostrar que el estudio de la figura del abogado a través de diferentes corrientes y juristas no existe o, en todo caso, no es posible encuadrar su existencia y funcionalidad dentro de los postulados de diferentes concepciones jurídico-filosóficas. Sin embargo, esto no es así. Las aspiraciones de los presentes apartados radican en teorizar sobre la ausencia, pensándola en clave constructiva para aprovechar los huecos disponibles y las fisuras que deja el análisis de otros operadores jurídicos desde la teoría del derecho.

¹²⁹ Mora Sifuentes, Francisco, “El derecho y sus conceptos. Entrevista a Massimo La Torre”, *cit.*, p. 130.

¹³⁰ Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2006, p. 274.

¹³¹ Lloredo, Luis, *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2012, p. 413.

Buscando erigir ideas que proyecten desde la teoría una óptica práctica, en las siguientes páginas se propone abordar a los abogados como los administradores primarios del Estado de derecho, como el punto de contacto entre los ciudadanos y su sistema legal, entendiendo que su función resulta esencial en el mejoramiento sistemático de la administración de justicia, pues no hay que olvidar que los defectos de los abogados repercuten sobre los jueces, y por tanto sobre todo el sistema; entonces, no basta solo con examinar las instituciones jurídico-políticas desde un plano moral, sino que también es indispensable repensar a estos profesionales del derecho desde una perspectiva filosófica para entender las condiciones generales en las que se despliegan sus actividades.

La potencial relación entre filosofía del derecho y abogacía conlleva sortear una serie de añejas problemáticas y retos contemporáneos, que además de implicar necesariamente una visión más sociologista dentro de dicha disciplina, depende también de estimular una comprensión activa de los operadores jurídicos para contribuir a contrarrestar el desentendimiento entre el ámbito práctico y el teórico. Así entonces, antes de comenzar, resulta importante explicar la hoja de ruta utilizada para desarrollar los siguientes capítulos que analizan desde la óptica iusfilosófica a la figura del abogado.

William Twining, al hacer referencia a la teoría del derecho que se enseña actualmente dentro de la tradición angloamericana, menciona que es posible percibir una corriente dominante de pensamiento ubicada en autores como Dworkin, Hart, Kelsen, el derecho natural (por ejemplo, en un pensador como Finnis), Rawls y Raz; y después, aunque ya en un segundo nivel, en juristas como Austin, Bentham, Fuller, Holmes, Llewellyn, MacCormick, Pound, los *critical legal studies* y quienes conforman la teoría jurídica feminista.¹³² En la tradición jurídica continental, no obstante que los trabajos para saber cuáles son los juristas más estudiados, sencillamente no existen, y las encuestas para conocer a los autores más populares no son habituales, un referente que puede dar luz al respecto (aunque difícilmente representativo) fue elaborado por Héctor Fix-Fierro y Sergio López-Ayllón al preguntar a estudiantes de derecho mexicanos cuáles habían sido los autores más leídos durante el transcurso de su carrera,¹³³ destacando dentro

¹³² Twining, William, “Implicaciones de la globalización para el derecho como disciplina”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, vol. 44, 2010, pp. 349 y 350.

¹³³ Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “De las buenas y malas razones para estudiar «leyes». Análisis de una encuesta a estudiantes de derecho en la Ciudad de México”, en Fix-Fierro, Héctor (ed.), *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudio sociojurídico sobre educación y profesiones jurídicas en el México contemporáneo*, cit., pp. 129-131.

de la lista nombres como los de Eduardo García Maynez, Hans Kelsen, Norberto Bobbio, entre otros.

En ese sentido, tomando en cuenta sólo esta pequeña muestra como ejemplo de la amplia variedad de juristas y corrientes que han aspirado a pensar el fenómeno jurídico en los últimos tiempos, queda claro que analizar de forma exhaustiva cada pensamiento para intentar adecuar el mismo a la figura del abogado resulta una tarea incommensurable, una labor que no sólo rebasa los propósitos de este trabajo, sino que en muchas ocasiones es imposible por existir una profunda desafección entre algunos de los principales postulados teórico-jurídicos y la práctica legal. De ahí que, antes que abordar a autores o escuelas de pensamiento en detalle, se tomarán diversas ideas de estas concepciones dentro de la teoría jurídica contemporánea para intentar pensar el ejercicio de la abogacía desde un prisma filosófico. Aprovechando algunas de las principales y más difundidas ideas dentro de la filosofía del derecho, la segmentación de los siguientes apartados responde a una lógica que busca equilibrar el análisis teórico-especulativo y las cuestiones empíricas.

La elección de las corrientes que a continuación se exponen obedece eminentemente a las posibilidades que ofrecen tres grandes receptáculos de posturas dentro de la teoría del derecho, que aunque muchas veces difusas y religadas entre sí, sirven para presentar las coordinadas mínimas respecto al tema. De ahí que estos capítulos inicien por el positivismo jurídico, después transiten por los movimientos antiformalistas, y finalicen abordando al postpositivismo.¹³⁴ Es decir, se aspira a presentar un panorama general de tres amplios nichos en los que concurren ideas que pueden servir para comprender y explicar, en un primer momento, el porqué de la ausencia del estudio teórico de la figura del abogado dentro de la filosofía del derecho y, después, para potenciar sus posibilidades.

No cabe duda que resulta urgente combinar, como afirma Cotterrell, “la teoría normativa del Derecho y la teoría empírica del Derecho, orientada socio-jurídicamente, para confluir en una sola tarea”,¹³⁵ en la tarea de dar cuenta de una mejor manera del comportamiento y las prácticas de los abogados, reflejando realista y nítidamente las ideas que se erigen respecto a sus acciones y el fenómeno del derecho. A grandes rasgos, y de forma sucinta, de lo que se trata es de aproximarse desde la filosofía jurídica a un

¹³⁴ La justificación y explicación de cada uno de estos apartados se realiza de forma previa al desarrollo de cada una de las corrientes en cuestión.

¹³⁵ Cotterrell, Roger, *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction to Legal Philosophy*, Londres, Lexis-Nexis, 2003, p. 263.

tema eminentemente sociológico, combinar desde la interdisciplinariedad ambas ópticas, y reiterar que el objetivo de estas páginas no es realizar un barrido exhaustivo sobre cada teoría jurídica a lo largo de la historia, sino, sencillamente, intentar comprender el lugar de prelación de los abogados dentro de los demás operadores jurídicos y respecto al derecho en general.

POSITIVISMO JURÍDICO

La agenda definida por el positivismo en el pensamiento jurídico de los últimos tiempos resulta la más adecuada para iniciar el análisis filosófico del rol de los abogados. Esto no sólo por su crucial influencia en las trayectorias contemporáneas de la filosofía del derecho, sino también, y sobre todo, porque a pesar del carácter amplio y heterogéneo que caracteriza a esta “tradición” o “familia” de autores y teorías muy diversas, el abogado no encuentra cabida en ninguna de ellas. En ese sentido, esta preponderante concepción del derecho elimina cualquier posibilidad por abordar el tema de la abogacía no sólo dentro de la misma, sino que también ha contribuido a disminuir las posibilidades para hacerlo en otras corrientes iusfilosóficas.

Massimo La Torre ya ha afirmado que la mayor parte de la producción iuspositivista, con poquísimas loables excepciones, omite el análisis de este agente de la administración de justicia.

Sobre el abogado, Savigny, Ihering, Jellinek, Kelsen y Hart —sólo por mencionar algunos de los nombres más ilustres de la tradición del pensamiento positivista—, no han dicho prácticamente nada. O, si han dicho algo, no han sido más que pocas, rápidas y descuidadas palabras... La relación entre este silencio atronador y el dominante paradigma iuspositivista, salta a la vista.¹³⁶

Se podría aducir que la exclusión del abogado de esta importante corriente del pensamiento jurídico se encuentra justificada porque el positivismo tampoco ha prestado atención específica a otros operadores del derecho.¹³⁷ Sin embargo, la desatención en el análisis del rol del abogado dentro del iuspositivismo resulta apabullante en contraposición con el papel otorgado a los legisladores y los jueces.

No es que la figura del legislador y la del juez hayan pasado del todo desapercibidas para el positivismo, sino que su análisis se encuentra implí-

¹³⁶ La Torre, Massimo, “Abogacía y retórica. Entre teoría del derecho y deontología forense”, *cit.*, pp. 14 y 15.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 15.

cito dentro de cada uno de los principales aspectos que han respaldado al mismo. Ya sea de manera explícita, encubierta, clandestina o inconsciente, al abordar el positivismo jurídico de igual manera se estudia el papel de los agentes que operan verticalmente en la definición del derecho, es decir, de aquellos operadores implicados en su producción y aplicación. De hecho, se podría afirmar que el iuspositivismo no sólo despliega las condiciones más adecuadas para sustentar una visión particular del derecho donde la preponderancia de la figura del legislador y del juez resulta decisiva, sino que a su vez posterga al abogado por ser entendido como un agente ajeno a la administración pública, que poco o nada influirá sobre ésta. Es decir, a pesar de que este operador se encuentra facultado por el propio sistema para su involucramiento, al momento en que se ponen en marcha las dinámicas que exige su accionar, difícilmente se contempla a éste como alguien independiente, cuyo trabajo pueda incidir fuera de una rígida y ordenada estructura. Así, no es que la administración desconfie del abogado, simplemente es que sus funciones están bastante limitadas, esperando que funja como un autómata con entera sujeción y respeto a la ley y al juez.

Para explicar el desarrollo teórico del positivismo jurídico, tradicionalmente, se toma como punto de partida el célebre debate acontecido en la ciudad de Bellagio en septiembre de 1960, donde por primera vez se intentó ordenar la discusión sobre dicha corriente en el pensamiento jurídico occidental. Allí, durante dos semanas, auspiciados por la Fundación Rockefeller y congregados por Norberto Bobbio y Alessandro Passerin d'Entrèves, se dieron cita dieciocho juristas (dentro de los que se encontraban algunos nombres ilustres, como los de Herbert Hart, Renato Treves, Alf Ross, Mario Cattaneo, Antonio Negri, Uberto Scarpelli, o Brian M. Barry) para cuestionar las caracterizaciones, el desarrollo histórico y diversos conceptos técnicos sobre el iuspositivismo.¹³⁸

Desde esa fecha no han cesado las pretensiones por perfilar unas propiedades definitorias que identifiquen al positivismo jurídico,¹³⁹ y se han ido suscitando nuevas y actualizadas propuestas sobre el mismo,¹⁴⁰ pero lo cier-

¹³⁸ Falk, Richard A. y Shuman, Samuel I., “The Bellagio Conference on Legal Positivism”, *Journal of Legal Education*, 1961-1962, pp. 219-226.

¹³⁹ Como ha señalado Genaro Carrión, prueba del “espíritu de Bellagio” son las emblemáticas, y ahora clásicas, obras que Bobbio (*Aspectos del positivismo jurídico* de 1961), Hart (*El concepto de derecho* de 1961), Ross (*El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural* de 1961) y Scarpelli (*¿Qué es el positivismo jurídico?* de 1965), escribieron respectivamente sobre el tema, así como las innumerables discusiones teóricas derivadas de las mismas. Véase Carrión, Genaro, *Dworkin y el positivismo jurídico*, México, UNAM, 1981, p. 22.

¹⁴⁰ Escudero, Rafael, *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

to es que la influencia y repercusiones tanto de la tripartición de los aspectos del positivismo que realiza Bobbio como de la configuración que erige Hart sobre esta misma doctrina,¹⁴¹ no sólo han excedido a cualquier otra estrategia ideada para abordarlo, sino que se han mantenido como dos referencias cardinales a lo largo del tiempo.

De ahí que, a continuación, se examinen y cuestionen —teniendo en cuenta la figura del abogado— estas dos propuestas planteadas, respectivamente, por el jurista italiano y el iusfilósofo inglés. Y ello porque, a pesar de los múltiples reproches que se le suelen hacer a este tipo de aproximaciones con pretensiones científicas o epistemológicas, su innegable logro radica en el establecimiento de un mínimo común denominador, que sirve como eje y anclaje teórico para guiar la discusión sobre el positivismo jurídico.

Así entonces, para situar el rol de la abogacía dentro de esta concepción del derecho, en un primer momento, y después de esbozar de forma sucinta la propuesta de Bobbio, se desarrollarán las cinco características del denominado “positivismo teórico”, reconduciéndolas a su vez hacia la figura del juez y del legislador, para mostrar que este modelo de aproximación obvia por completo al abogado, aspirando a levantar un acta de esa absoluta desatención y siguiendo de nueva cuenta a La Torre, quien afirma que el positivismo “expulsa al abogado del mundo del Derecho”.¹⁴² En un segundo momento, tomando en consideración la concepción positivista de H. L. A. Hart, se determinará si es posible encontrar un rol adecuado para el abogado dentro de su propuesta respecto al punto de vista interno o externo de las reglas, es decir, se pretende adecuar los estándares institucionales de este operador para ver si esto resulta factible, o por otro lado, demostrar de manera global que esa desatención de la abogacía a través de múltiples corrientes y autores positivistas no obedece propiamente a una manera en concreto de entender este fenómeno, sino a un fallo estructural en toda esta concepción jurídica.

Después, buscando otras explicaciones y alternativas que revelen la ausencia del abogado dentro del positivismo, se realizará una lectura ideológica del mismo, muy en línea con la interpretación ofrecida por Uberto

¹⁴¹ “Desde los años 70, hay un consenso en considerar que la forma más refinada de positivismo jurídico es la que se encuentra en la obra de Hart”. Véase Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Dejemos atrás el positivismo”, en Ramos Pascua, José Antonio y Rodilla González, Miguel Ángel (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2006, p. 769.

¹⁴² Mora Sifuentes, Francisco, “El derecho y sus conceptos. Entrevista a Massimo La Torre”, *cit.*, p. 130.

Scarpelli,¹⁴³ quien renuncia a identificar al positivismo como un movimiento científico, y postula que sólo es posible entenderlo como un movimiento vinculado a una forma de organización jurídico-política particular, para dar cuenta de las razones político-sociales que se entrecruzan entre el rol de los abogados y la construcción de esa esencia ideológica que concuerda y se manifiesta en el Estado moderno.

1. *El abogado dentro del positivismo teórico de Norberto Bobbio*

Resulta muy difundida en la teoría del derecho italiana, española y latinoamericana, la triple distinción sobre el positivismo jurídico propuesta por el jurista turinés: positivismo como enfoque general en el estudio del derecho (como *approach* o metodología), positivismo como teoría del derecho, y positivismo como ideología acerca del derecho.¹⁴⁴ Para los efectos del presente apartado interesa la segunda visión que presenta Bobbio,¹⁴⁵ la del positivismo entendido como teoría, pues esta no se encuentra condicionada por un cierto método de aproximación a la realidad, sino por un conjunto de postulados interrelacionados entre sí, con el propósito de dotar a un determinado sistema de coherencia y así prescribir reglas de conducta.

¹⁴³ Scarpelli, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milán, Edizioni di Comunità, 1975. Un resumen, en lengua castellana, de las principales tesis de Scarpelli se encuentran en García Máynez, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y ius-naturalismo*, México, UNAM, 1986.

¹⁴⁴ Una rápida explicación, expuesta por Juan Ruiz Manero, respecto a cada uno de estos tres sentidos del positivismo jurídico sería: “En el primer sentido —positivismo como enfoque— se trata de sostener «una clara distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser» y también «la convicción de que el derecho del que ocuparse el jurista es el primero y no el segundo». En el segundo sentido —positivismo como teoría específica del derecho—, se trata de la suma de la teoría de la coactividad, del imperativismo, de la supremacía de la ley y de la consideración del sistema jurídico como completo (carente de lagunas) y coherente (carente de antinomias). En el tercer sentido —positivismo como ideología— se trata de la atribución al derecho, por el mero hecho de existir, de un valor positivo y, en su versión más radical, de la consideración de que «el derecho positivo, por el mero hecho de ser positivo, es justo» y existe, por tanto, respecto de él, un deber de obediencia”. Véase Ruiz Manero, Juan, “Bobbio y el positivismo. La triple distinción y el propio Bobbio”, *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law [Online]*, Klub Revus, núm. 26, 2015, p. 2.

¹⁴⁵ Atria aduce el carácter independiente de cada uno de los tres “aspectos” o “dimensiones” del positivismo de Bobbio a que este “alcanzó su formulación definitiva cuando la lucha por el derecho moderno ya había sido librada y ganada”, sin embargo, hoy en día dicha pretensión “es aceptable solo en la medida en que su integración puede darse por descontada sociológicamente”. Véase Atria, Fernando, *La forma del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 79-84.

Bajo esta premisa, el positivismo teórico se manifiesta a su vez como una concepción que se vincula con la formación del Estado moderno, entendido como soberano capaz de ejercer el monopolio del poder y de cuyas actividades, directa o indirectamente, emana y se aplica el derecho. Ahora bien, este par de nociones presupone el ejercicio de órganos del Estado, de diferentes operadores jurídicos que puedan accionar el sistema dentro del marco establecido. En tal sentido, la primera de estas actividades que exige la tesis estatalista para el iuspositivismo como teoría —la producción del derecho— encuentra cauce a través de la figura del legislador, un operador dotado de encarecidas competencias (tanto materiales como formales) quien se encarga de cristalizar las aspiraciones populares, y la segunda —la aplicación del derecho—, por medio del juez mecanicista, una figura tan controlada como disminuida en sus funciones para que así se eviten tergiversaciones de la voluntad estatal.

Así, al momento en que el positivismo como teoría se articula a través de la tesis estatalista del derecho, se anula al abogado por no ser contemplado propiamente como parte del Estado, sino más bien como un agente coadyuvante externo, o acaso un profesional de índole liberal enfocado en la defensa de intereses particulares. Esta visión reduccionista sobre la abogacía se traslada también a las cinco tesis originales que identifican a la propuesta de Norberto Bobbio;¹⁴⁶ sólo hace falta reconducir cada uno de estos rasgos hacia las figuras del legislador o del juez y repensarlos desde un plano funcional para dar cuenta de ello.

Tesis de la coactividad. El elemento terminante para definir la presente caracterización resulta del estrecho nexo entre derecho y el uso de la fuerza, pues más allá de si el modelo que se siga para comprender este rasgo sea el de la mayoría de las doctrinas iuspositivistas, que contemplan al derecho como conjunto de normas, respaldado por sanciones (que tienen como finalidad garantizar su eficacia) establecidas por el poder soberano, o el propuesto por Kelsen, Olivecrona y Ross, quienes describen al derecho como un sistema normativo cuyo contenido específico no es la regulación de conductas, sino la regulación del uso de la fuerza por parte del Estado (que es quien ostenta su uso),¹⁴⁷ en definitiva, una de las funciones esenciales que conlleva esta tesis es la de determinar las personas que pueden y deben

¹⁴⁶ Bobbio, Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, prólogo de Luigi Ferrajoli, trad. de Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés, Andrea Greppi y Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Trotta, 2015, p. 107.

¹⁴⁷ Greppi, Andrea, “Derecho, poder, estructura y función. (La evolución de un tema kelseniano en la filosofía jurídica de Norberto Bobbio)”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 12, 1995, p. 551.

ejercer el poder coactivo, entre las cuales la figura del abogado “se convierte en una figura marginal, porque carece de soberanía, de potencia o de poder (sobre todo si dicha soberanía, potencia o poder es entendida en términos de decisión y de monopolio de la violencia)”.¹⁴⁸ Frente a aquellos operadores que ejecutan autoritativamente sus funciones en el espacio público y dentro de los márgenes del sistema, como el legislador, el juez, e incluso el funcionario administrativo, la autoridad que despliega la figura del abogado, aunque de forma preponderante se da en el ámbito privado, para nada debe desacreditar el rol que juega dentro del Estado como pieza decisiva en el accionar del sistema. La tesis de la coactividad prescinde del uso de la fuerza de los abogados, por ser visualizados como siervos del legislador y peones de los jueces, cumpliendo meras funciones contemplativas; quizás equiparan-do su rol con el de los científicos, quienes “aceptando implícitamente una imagen del derecho centrada principalmente en su función protectora/re-presiva, propia de la tradición del estado liberal”,¹⁴⁹ se deben limitar a velar pasivamente por el sistema en el que se desenvuelven.

- *Tesis de la imperatividad.* Entendiendo al derecho como un conjunto de mandatos de conducta respaldados por amenazas (sanciones), que emanan del poder soberano y se dirigen a una colectividad, que de manera habitual obedece al mismo, esta formulación apuesta ciegamente por la dosis de legitimidad con la que goza el legislador, para sostener que este operador es el principal garante de fijar las normas jurídicas sobre las que se desarrolla la vida social. Esta tesis, en parte, explica la obsesión de la agenda iuspositivista por los mandatos, las sanciones, los imperativos, las prescripciones, es decir, en términos generales, por la decisión, pues el positivismo contempla el accionar del legislador como aquel instante en el que se origina una determinada regla de carácter general y abstracto, y la función del juzgador como el momento en que se decide un caso a partir de dicha regla individualizada.¹⁵⁰ Visto así, “sin decisión, se dice, no hay derecho”, y por tanto “el abogado, a su pesar, no decide

¹⁴⁸ La Torre, Massimo, “Juristas, malos cristianos. Abogacía y ética jurídica”, traducción de Francisco Javier Ansúategui Roig, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid - Boletín Oficial del Estado, núm. 12, 2003, p. 79.

¹⁴⁹ Greppi, Andrea, “Derecho, poder, estructura y función. (La evolución de un tema kelseniano en la filosofía jurídica de Norberto Bobbio)”, *cit.*, p. 554.

¹⁵⁰ La Torre, Massimo, “Abogacía y retórica. Entre teoría del derecho y deontología forense”, *cit.*, p. 15.

nada”,¹⁵¹ nada que ya no haya sido previamente decidido por una mayoría a través de la figura del legislador. Entonces, queda claro que “para el positivismo jurídico el Derecho es de quien decide, de quien manda, y el abogado no decide, no manda nada. Quien manda es el juez, el funcionario, el legislador”.¹⁵²

- *Tesis legalista de las fuentes del derecho.* Al postular que la ley positiva —la legislación— cuenta con un rango supremo y diferenciado dentro del sistema de fuentes del derecho, esta premisa descubre a cualquier otro tipo de fuentes (como pudieran ser las consuetudinarias, las jurisprudenciales, o la doctrina científica) como meras apariencias, o en todo caso como subordinaciones cuya validez y reconocimiento deriva de la propia ley. En ese orden de ideas, los problemas de creación y aplicación del derecho en relación con sus operadores jurídicos no son vistos como problemas por la tajante oposición entre estas dos acciones; la primera confiada al legislador, y la segunda al juzgador. El monopolio de la producción jurídica encomendado al legislador estatal, además de prescindir de la figura del juez como actor relevante en la creación del derecho, ni siquiera tiene la más mínima consideración por la del abogado, pues queda claro que para que este pueda ejercer sus labores, de manera indefectible, debe someterse al imperio de la ley y adecuar sus pretensiones a ella, pues en caso de que no lo hiciera caería en el supuesto de cometer actos jurídicamente ilícitos, tipificados como delitos (prevaricación) o como infracciones administrativas, o quizás, en el mejor de los casos, fraude a la ley.¹⁵³ El énfasis que demanda esta tesis respecto a la supremacía de la ley escrita revela la imperiosa necesidad de ver en el legislador al operador jurídico por antonomasia, al actor protagonista dentro de la concepción iuspositivista, aquel representante hegemónico que condensa la inequívoca voluntad popular y, por ende, condena a cualquier otro agente a no ser más que un engranaje de la maquinaria estatal.
- *Tesis de la coherencia y plenitud.* En cuanto al ordenamiento jurídico en su conjunto, éste es considerado como un sistema unificado que carece de lagunas y antinomias. Su completitud y consistencia obe-

¹⁵¹ *Idem.*

¹⁵² Mora Sifuentes, Francisco, “El derecho y sus conceptos: Entrevista a Massimo La Torre”, *cit.*, p. 130.

¹⁵³ Para un análisis, desde la teoría jurídica, sobre esta figura resulta bastante esclarecedor el tercer capítulo de la obra de Atienza y Ruiz Manero. Véase Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2000.

decen a la imperiosa tradición iuspositivista que le ha venido otorgando al legislador una especie de aura omnisciente que lo instala como fiel traductor de la soberanía popular e ilustre conocedor de las cuestiones técnico-jurídicas. Evocando la asunción del dogma de la omnipotencia del legislador (que encuentra correspondencia con la Escuela de la Exégesis en Francia), esta tesis del positivismo jurídico como teoría actualiza tal presupuesto para perfilar a estos operadores como los legítimos encargados de personificar la voluntad colectiva del Estado. En este caso, los abogados deben ajustarse a los límites del análisis lingüístico de las reglas, tanto para la operatividad del sistema como para la consecución de sus fines. Restringiendo sus funciones a cumplir una mera operación subsuntiva que armonice los designios del legislador con el caso concreto, estos operadores deben evitar cualquier atisbo por explorar las razones subyacentes a las reglas, ya que “la lealtad a las reglas es, pues, lealtad a su expresión y a su significado; es decir, es una cuestión centralmente semántica”,¹⁵⁴ nunca valorativa. A diferencia de los juristas teóricos quienes por lo general se encuentran posibilitados bajo estos mismos estándares para ofrecer una contribución intelectual “sobre la presentación del Derecho, aunque no puedan modificarlo porque eso transgrediría la función cognoscitiva de la ciencia al invadir el terreno de la creación del Derecho, que es función política que compete al legislador”,¹⁵⁵ los abogados ni siquiera están en una posición que les permita prescribir algún tipo de reformulación del sistema, pues la coherencia y plenitud de las normas que componen a este son las mismas que utilizan para validar sus acciones; así, no sólo se anula cualquier tentativa por disputar los componentes de un determinado sistema normativo, sino que también las intenciones de legislador resultan incontrovertibles.

- *Tesis deductivista.* Respecto a la interpretación y aplicación del derecho, esta proposición postula a dicho par de actividades como meras deducciones lógicas. Así, el accionar del juez se ve reducido a la simple aplicación mecánica de la ley positiva, a través del método silogístico. En palabras de Norbert Hoerster, “quien apli-

¹⁵⁴ Aguiló, Josep, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 30, 2007, p. 671.

¹⁵⁵ Munné, Guillermo J., “Quién pudiera ser positivista. Los modelos de ciencia jurídica y el debate actual sobre el positivismo jurídico”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Madrid, núm. 2, julio 2005, p. 107.

ca el derecho actúa siempre como una especie de «auténtoma de la subsunción»,¹⁵⁶ pues concluye unívocamente sus razonamientos a partir de reglas preestablecidas y de manera avalorativa, es decir, sin la necesidad de invocar criterios externos al propio sistema. Y es que, cuando el fundamento de la validez del derecho en el mundo premoderno encontraba base en las diferentes tradiciones iusnaturalistas, el positivismo irrumpió en el pensamiento jurídico contemporáneo para definir al derecho como garantía, como medio de seguridad y certeza que sustenta la eventual aparición del Estado moderno, a través de sistemas exclusivos y exhaustivos de fuentes jurídicas,¹⁵⁷ permitiendo que éste se adueñara de la hegemonía absoluta del poder normativo (por medio de la centralización de la producción jurídica), y fomentando la aplicación objetiva del derecho para que en ella no se produzcan equivocaciones respecto de la voluntad estatal (esto debido a que el juez resulta un operador jurídico imprescindible para la consecución de tales objetivos por la relevancia que tienen las ideas de certeza y seguridad jurídica dentro del iuspositivismo). Así, cuando la aplicación del derecho ha sido complejizada hasta niveles insospechados, y al momento en que la discusión sobre la interpretación sigue centrándose en sede judicial, entendiendo a ésta como un proceso eminentemente vertical y hermético —orientado del legislador al juez y del juez al pueblo—, no sólo la tradición positivista ha desatendido por completo “al operador jurídico que, por su naturaleza, más próximo se encuentra a la ciudadanía y a las inquietudes sociales: el abogado”,¹⁵⁸ sino que también ha cerrado cualquier posibilidad por entender a estas actividades como procesos reticulares y abiertos, en los que están involucrados múltiples operadores e instancias de poder. Sin lugar a dudas, la figura del abogado resulta decisiva para fungir como puente entre la legalidad y el desenmascaramiento de “dogmas conceptuales no justificados que definen el Derecho en términos de hechos sociales, tales como el de mandatos procedentes de quien ostenta el poder, excluyendo aquellos factores morales y

¹⁵⁶ Hoerster, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de Jorge Malem, Barcelona, Gedisa, 2000, p. 11.

¹⁵⁷ Atienza, Manuel, “Constitución y argumentación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 24, 2007, p. 203.

¹⁵⁸ Lloredo, Luis, “Una propuesta de redefinición de la teoría jurídica a la luz del movimiento de los indignados”, en García Sáez, José Antonio, y Vañó, Raquel (eds.), *Cómo enseñar teoría del derecho a través de documentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 211.

democráticos que se incrustan rutinariamente en la práctica real del Derecho”.¹⁵⁹

En síntesis, es posible afirmar que cada una de las características del positivismo teórico de Bobbio se encuentran supeditadas, implícita y preponderantemente, a la figura del legislador, y después, a las decisiones de los jueces. La preeminencia por estos operadores jurídicos dentro de esta visión proyecta a la abogacía como una actividad residual, carente de soberanía para influir en el porvenir del derecho. De ahí que no sea casual el vínculo entre derecho moderno y Estado, porque en virtud de las formas institucionales de producción de la ley es posible reconocer decisiones válidas incluso cuando se discrepe o se ignore de su contenido.¹⁶⁰ Y es que, como lo propugna Ferrajoli, “el estado de derecho moderno nace, con la forma del estado legislativo de derecho, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo”,¹⁶¹ y, por ende, ante este escenario la figura del abogado no tendría mucho que aportar al mismo, ya que tanto sus quehaceres como su razonamiento jurídico, de forma inevitable, estarían sometidos a la voluntad estatal.

2. *El punto de vista del abogado en la teoría de H. L. A. Hart*

No son muchos los teóricos del derecho que han tenido la oportunidad de fungir como juristas prácticos, en específico de ejercer profesionalmente el oficio de abogado. A pesar de que es una faceta más o menos conocida de la vida de Herbert Lionel Adolphus Hart, lo cierto es que su etapa en Londres como abogado litigante (*barrister*) no ha sido del todo destacada. Uno de los varios reproches realizados a su biógrafa, Nicola Lacey, se orienta en que de las más de trescientas cincuenta páginas que componen el libro *A Life of H. L. A. Hart - The Nightmare and the Noble Dream*, sólo alrededor de trece¹⁶²

¹⁵⁹ Campbell, Tom, “El sentido del positivismo jurídico”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 25, 2002, p. 8.

¹⁶⁰ Atria, Fernando, *La forma del derecho, cit.*, pp. 84 y 85.

¹⁶¹ Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del estado de derecho”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 17, 2001, p. 32.

¹⁶² White, G. Edward, “Getting Close to H. L. A. Hart - Book Review of A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream by Nicola Lacey (2004)”, *Melbourne University Law Review*, vol. 29, núm. 1, 2005, pp. 317-336.

son dedicadas a los más de ocho años (1932-1940) en los que este afamado teórico del derecho se desempeñó como parte de la asociación de abogados enfocados en la defensa ante tribunales de asuntos de derecho privado y de índole económica (*English Chancery Bar*). De hecho, el mismo Hart mencionó que la importancia de sus años en la práctica jurídica radicó en “la adquisición de un conocimiento detallado de algunas ramas del Derecho como objeto de reflexión filosófica”, de modo que su trabajo “como filósofo del Derecho fue en cierta manera el producto de una fusión entre las diversas ideas filosóficas que estaban vigentes y el conocimiento del Derecho que había adquirido en la práctica”.¹⁶³ No cabría entonces dudar de la fuerte correlación existente entre la manipulación de palabras con fines prácticos y el ejercicio forense.

Sin embargo, al analizar con detalle la trayectoria laboral de H. L. A. Hart como abogado (a pesar de que en diferentes trabajos publicados años después de su fallecimiento es posible encontrar múltiples referencias¹⁶⁴ y testimonios¹⁶⁵ sobre su excelente labor práctica), se vislumbra un extraño sentimiento paradójico, que con el paso del tiempo fue acentuándose cada vez más hasta llegar al extremo de no sólo abandonar la idea de vivir como litigante, sino de aborrecer esta actividad. En efecto, pese a que durante sus primeros años de abogado litigante encontró una actividad tan apremiante como entretenida que pudo satisfacer sus intereses, a partir de ese mismo periodo la sobrecarga de trabajo —laborando todos los días desde las primeras horas de la mañana—, y la gran cantidad de compromisos sociales que exigen dichas actividades le provocaron un atropellado estilo de vida que terminó desembocando en un soplo cardiaco.¹⁶⁶ No por nada, cada vez un mayor número de universidades y barras de abogados¹⁶⁷ realizan estudios

¹⁶³ Páramo, Juan Ramón de, “Entrevista a H. L. A. Hart”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 5, 1988, pp. 340 y 341.

¹⁶⁴ Bankowski, Zenon y Kaufmann, Arthur, “IVR-Informationen und Mitteilungen - H. L. A. Hart”, *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, vol. 79, núm. 3, 1993, p. 425; Tamayo y Salmoran, Rolando, “H. L. A. Hart, Criminal Lawyer”, en Godínez Méndez, Wendy y García Peña, José Heriberto (coords.), *Metodologías: enseñanza e investigación jurídica. 40 años de vida académica. Homenaje al doctor Jorge Witker*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 892.

¹⁶⁵ Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 40-57.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 47.

¹⁶⁷ Una cronología que sirve para ilustrar los principales experimentos realizados en la materia puede encontrarse en el capítulo “The Basis for Concern” de la primera sección “A Profession in Distress”, véase Elwork, Amiram, *Stress Management For Lawyers: How To Increase Personal & Professional Satisfaction In The Law*, North Wales, Vorkell Group, 2007, pp. 13-18. Así como también en el apartado “Making Sense of Lawyer Happiness Data” del capítulo

sobre la satisfacción personal de los individuos que ejercen esta profesión, demostrando que por lo general los abogados no son felices, pues habitualmente se hallan cansados y hartos del ámbito en el que se desempeñan, evitarián que sus hijos estudiaren lo mismo que ellos, no volverían a inscribirse en la carrera de derecho si retrocedieran en el tiempo y resultan más propensos que el común de la población al consumo de drogas ilegales, a sufrir depresión, ataques al corazón y alcoholismo.

Las lúgubres circunstancias de los abogados anglosajones reveladas a través de los estudios mencionados, o la experiencia inicial de Hart en el ejercicio forense, más allá de ser casos aislados o de encasillarse dentro de un tiempo específico o una geografía común, encuentran consonancia con el carácter ambivalente de esta profesión, que se encuentra entre la espada de los intereses del particular y la pared del sistema de justicia. La indisoluble tensión que conjuga el ejercicio de una profesión encarecidamente liberal y que, al mismo tiempo, se encuentra licenciada para apoyar en el correcto funcionamiento de la administración pública, sitúa al abogado en una enmarañada coyuntura, que difícilmente puede resolverse sin tener en consideración el contexto sociocultural en el que se despliega.

Precisamente, ese tipo de implicaciones fueron las que más incordiaron a Hart durante su etapa como abogado. De hecho, una vez que abandonó el ejercicio forense para trabajar durante la Segunda Guerra en los servicios de inteligencia británicos fue consciente de lo difícil que sería volver al litigio ante tribunales.

En sus diarios, es posible distinguir una serie de objeciones éticas, estéticas y sociales respecto a la profesión en la que se destacó a lo largo de la década de los treinta. La pomosidad de los abogados, el disgusto sociocultural respecto la profesión legal, la falta de utilidad social en un trabajo cuyo principal propósito era cuidar el dinero de los ricos, la ausencia de estímulos intelectuales profundos.¹⁶⁸

En ese orden de ideas, vale la pena transcribir una carta enviada por H. L. A. Hart a Isaiah Berlin donde esa ambivalencia característica de la abo-

titulado “Are Lawyers Unhappy?”, en Levir, Nancy y Linder, Douglas O., *The Happy Lawyer: Making a Good Life in the Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2010, pp. 3-7. De igual manera, resulta pertinente la lectura de la síntesis de artículos y estudios recientemente realizados sobre la fractura de la supuesta estabilidad que otorgaba ser abogado en Norteamérica, a partir de las quiebras comerciales de algunos de los principales despachos jurídicos en dicho país y la falta de oportunidades para los recién egresados. Véase Brown, Liz, *Life After Law: Finding Work you Love with the J.D. you have*, Brookline, Bibliomotion Inc., 2013, pp. 8 y 9.

¹⁶⁸ Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart - The Nightmare and the Noble Dream*, cit., p. 112.

gacía —sobre la que se ha hecho énfasis en el capítulo anterior— no sólo es expresada por el jurista desde sus primeros años como litigante, sino que llega al extremo de transformarse en una profunda desafección respecto a la profesión:

Me causa disgusto, por no decir náuseas, la idea de volver al litigio. Mis principales objeciones son (a) el carácter profundamente anti-social o, al menos, a-social de mi trabajo legal (evasión de impuestos y similares); (b) la antipatía que me provocan otros abogados, jueces, empleados judiciales, procuradores (procuradores judíos —*o monde immonde* [oh mundo inmundo]), y, en general, la mentalidad jurídica en todas sus estrechas, superficiales, y reaccionarias manifestaciones; (c) el horror que me causa la falta de honradez dentro del mundillo legal, donde abogados se enriquecen alegremente. Me refiero también a los presidentes de las empresas, las casas emisoras, los procuradores cuyo esfuerzo dependerá del costo-beneficio que implique el caso, las concesiones deshonestas (y los concesionarios); (d) la probabilidad de que el volumen de mi trabajo relegue cualquier otro interés intelectual, reduciendo su comprensión y corrompiendo mi vida; (e) la convicción de que al final de una vida como abogado, independientemente de mi éxito o fracaso, seré incapaz de mirar atrás sin disgusto.¹⁶⁹

Llama la atención la penúltima objeción de Hart contra la abogacía, aquella relativa al confinamiento de sus intereses intelectuales por el exceso de trabajo. En efecto, si por un lado los requerimientos exigidos día a día en el ejercicio de la profesión demandan ciertos conocimientos técnicos de alto nivel, por el otro, además de que resulta difícil que éstos se encuentren en plena sintonía con temas filosóficos (propios de uno de los mayores intereses intelectuales de Hart), también terminan por minar el tiempo y el esmero que requiere el análisis teórico sobre el derecho. En palabras de Atienza, “el ejercicio de la profesión es tan absorbente que quizás no deje tiempo para hacer otra cosa”.¹⁷⁰

El hecho de que Hart terminara involucrado de lleno en el campo académico no fue una decisión nada sencilla, pues más allá de su aversión por retornar al litigio, las posibilidades que ofrecía la vida intelectual en Oxford tampoco eran de su total agrado. De hecho, incluso llegó a mencionar que los juristas teóricos le parecían más pedantes que los abogados.¹⁷¹ Entre la melancolía y la desafección, Hart era consciente del frío

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 112.

¹⁷⁰ Garza Onofre, Juan Jesús, “Entrevista a Manuel Atienza”, *Ciencia Jurídica*, Guanajuato, núm. 8, 2015, p. 180.

¹⁷¹ Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart - The Nightmare and the Noble Dream*, cit., p. 53.

ambiente que suele caracterizar la labor de los intelectuales, de esa gran dosis de ficción que es posible vislumbrar en muchos de los trabajos de los teóricos del derecho, quienes evitando comprometerse con la realidad, no sólo terminan por desatender el aspecto fáctico, sino que también ocultan y difuminan sus verdaderas intenciones al momento de publicar y difundir determinadas ideas.

Los esfuerzos de H. L. A. Hart por construir una obra que pudiera dar cuenta de la realidad jurídica, es decir, que aspirara a promover la comprensión del derecho en cuanto fenómeno social, conectando la teoría y la experiencia cotidiana, no sólo obedece a que su experiencia como abogado litigante le sirvió como base, una vez que se desenvolvió como jurista, para “desarrollar un sentido vívidamente informado de los objetivos e intereses característicos de la gente que lida con las presiones de los asuntos prácticos”,¹⁷² sino sobre todo a su ferviente interés por vincular áreas de la filosofía (en específico de la filosofía del lenguaje) con los diferentes puntos de vista de las personas involucradas en las prácticas legales, estudiando analíticamente los conceptos vertidos en sus discursos jurídicos.¹⁷³ De hecho, una de las tesis medulares que caracteriza a la obra hartiana se enfoca en “que los juristas, antes de «construir teorías», deben analizar el lenguaje jurídico que se usa en la práctica del derecho”.¹⁷⁴ Así entonces, a pesar de la cautela mostrada por el iusfilósofo inglés respecto a los sinsabores del ejercicio profesional y del carácter ambivalente que conlleva el litigio ante tribunales, “la visión de Hart del derecho se forjó principalmente en su experiencia práctica, no en el mundo académico”,¹⁷⁵ y por ende, sus trabajos “dan cuenta de las prácticas de la profesión jurídica”.¹⁷⁶

Son precisamente esos puentes entre la filosofía del lenguaje y el trabajo descriptivo, basado sobre los sistemas normativos existentes, los que impulsan a Hart a desarrollar, en *The Concept of Law*,¹⁷⁷ un proyecto dualista en sentido epistemológico, que al mismo tiempo fuera comprendido como teoría jurídica analítica y como sociología descriptiva. En sus propias palabras,

¹⁷² Kramer, Matthew H. y Grant, Claire, “Introducción”, en *El legado de H.L.A. Hart - Filosofía jurídica, política y moral*, trad. de Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 20 y 21.

¹⁷³ Shaw, Geoffrey C., “H. L. A. Hart’s Lost Essay: Discretion and the Legal Process School”, *Harvard Law Review*, vol. 127, núm. 2, 2013, p. 682.

¹⁷⁴ Tamayo y Salmoran, Rolando, “H. L. A. Hart, Criminal Lawyer”, cit., p. 893.

¹⁷⁵ MacCormick, Neil, *H. L. A. Hart*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 88.

¹⁷⁶ Tamayo y Salmoran, Rolando, “H. L. A. Hart, Criminal Lawyer”, cit., p. 864.

¹⁷⁷ Hart, H. L. A., *The Concept of Law, with a Postscript*, edición de Penelope A. Bulloch y Joseph Raz, Oxford, Clarendon Press-Oxford University Press, 1994.

porque la sugerión de que las investigaciones sobre los significados de las palabras simplemente arrojan luz sobre éstas, es falsa. Muchas distinciones importantes, que no son inmediatamente obvias, entre tipos de situación social, o relaciones, pueden ser esclarecidas mejor mediante un examen de los usos típicos de las expresiones relevantes y de la manera en que éstas dependen de un contexto social que a menudo no se expresa.¹⁷⁸

La vocación interdisciplinaria de la principal obra de Hart choca con aquello a lo que aspiraba Kelsen desde la primera edición de *La teoría pura del derecho* de 1934, y que engorda en la segunda edición definitiva de 1960, a saber; la pretensión de construir una ciencia jurídica aséptica, ajena a cualquier consideración que no sea jurídica, pues, en la opinión del austriaco, resultaría estéril teorizar sobre el derecho si desde un inicio no se contempla que lo que ha de ser puro no es, propiamente, este, sino su conocimiento. No por nada Antonio-Enrique Pérez Luño afirma que bajo las premisas kelsenianas entender un concepto ético, político o sociológico del derecho resulta científicamente tan inadecuado como un concepto médico de la arquitectura, o un concepto económico de la química.¹⁷⁹

El interés descriptivo por la dimensión institucional en la teoría del derecho de Hart reorienta el paradigma iuspositivista en un plano parcialmente sociologizante,¹⁸⁰ pues al hacer énfasis en el aspecto interno de las reglas, este reivindica la debida importancia de las razones prácticas en los involucrados por dichas reglas. Porque el derecho no es algo neutro ni estático que de antemano ya viene acabado, sino que reclama una constante actividad creativa por parte de los individuos para su construcción. En ese sentido, y en relación con el campo jurídico, “una vez que se añade la actitud de los participantes hacia sus conductas podemos obtener una visión mucho más adecuada de la acción humana”,¹⁸¹ una visión donde las motivaciones y objetivos de los participantes puedan ayudar a describir de mejor manera al derecho, entendiéndolo como una práctica social compleja, y no como un

¹⁷⁸ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrión, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, pp. XI y XII.

¹⁷⁹ Pérez Luño, Antonio-Enrique, *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y teoría del derecho*, Madrid, Tebar, 2007, p. 38.

¹⁸⁰ Manuel Calvo ha afirmado que el giro hacia un “punto de vista interno” propuesto por Hart podría vincularse a una cierta perspectiva sociológica, y que además este postulado ha servido para que varias teorías sociojurídicas partan, o tomen especialmente en consideración la teoría jurídica hartiana, véase Calvo, Manuel, “¿Cabe el enfoque socio-jurídico en la teoría del derecho?”, *cit.*, pp. 374-378.

¹⁸¹ Bix, Brian, *Teoría del derecho: ambición y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 134.

mero orden de reglas externas que obligan a la obediencia mecánica de los afectados.

Por tanto, *El concepto de derecho* es un proyecto tan arriesgado como vedoso, que al día de hoy todavía encuentra fuertes reproches metodológicos. Gregorio Robles ha afirmado que a lo largo de las páginas de dicho trabajo se genera una mixtificación metódica donde “se alterna sin orden el tratamiento característico de la teoría general (análisis eminentemente formal de la estructura de las reglas jurídicas y de los conceptos jurídicos) con el propio de las observaciones sociológicas (referencias continuas a la realidad social)”. Esto hace que no resulte adecuado calificar a *El concepto de derecho* “como un ensayo de sociología jurídica. El hecho de que Hart así la califique constituye más una exageración de un autor que ve con muy buenos ojos su propia obra, que un juicio desapasionado de lo que ésta representa”.¹⁸²

A pesar de que años después el propio Hart matizara su opinión respecto a la etiqueta de “sociología descriptiva”,¹⁸³ aceptando que no fue del todo afortunada (al aclarar que la utilizó para observar el complejo fenómeno social del derecho y así desempatarse de las rígidas teorías conceptuales austinianas y kelsenianas),¹⁸⁴ lo cierto es que su trabajo ha trascendido los presupuestos metodológicos planteados de forma inicial, pues a partir de diversos postulados de la obra de Peter Winch,¹⁸⁵ el trabajo hartiano se erige como una novedosa explicación sobre las reglas, que reanima por completo el panorama iusfilosófico.

Lo que trata Hart es de dar cuenta de las acciones generadas por las reglas sobre los involucrados, tal y como ellos mismos las conciben y las interpretan. De ahí que su movimiento, mejor dicho, “puede ser visto como una clase de giro hermenéutico en la filosofía jurídica”.¹⁸⁶ Efectivamente, “dado que las prácticas e instituciones sociales son actividades guiadas por

¹⁸² Robles, Gregorio, “Hart: Algunos puntos críticos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 21, vol. 2, 1998, pp. 372 y 373.

¹⁸³ Lloredo, Luis, “H. L. A. Hart y el «punto de vista interno»: entre la caja de pandora y la caja negra del positivismo”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 20, 2017, pp. 84 y 85.

¹⁸⁴ Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart - The Nightmare and the Noble Dream*, cit., p. 230.

¹⁸⁵ Siguiendo la estela de Wittgenstein y de Weber, la teoría de Hart se construye bajo el entendido de que sólo pueden comprenderse plenamente las instituciones adoptando el punto de vista del individuo participante que está comprometido con ellas o conociendo el significado que tienen para quien está comprometido con ellas. Véase Fuertes-Planas Aleix, Cristina, “Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H. L. A. Hart”, *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, nueva época, vol. 8, 2007, pp. 144 y 145.

¹⁸⁶ Bix, Brian, *Teoría del derecho: ambición y límites*, cit., p. 127.

propósitos, una teoría o descripción puramente externa será inadecuada. Los teóricos deben tomar en cuenta los propósitos y percepciones de los participantes en la práctica”.¹⁸⁷ Este cambio de enfoque supone un quiebre total respecto a una de las notas características del iuspositivismo (en línea con el positivismo filosófico, propio de la epistemología decimonónica), que se empareja con sus pretensiones por elaborar una teoría descriptiva del derecho, tendiente a la objetividad científica y reacia a comprender la manera en que sus participantes se comportan.

Así entonces, la tesis medular sobre la que el jurista inglés cimienta sus postulados para desacreditar las teorías imperativistas (en particular la propuesta de Austin, aunque en gran medida también la de Kelsen y la de Ross), y al mismo tiempo distinguir qué tipo de razones sustentan las conductas frente al derecho, radica en la distinción entre el punto de vista externo (el del observador) y el punto de vista interno (el del participante). Estos puntos de vista podrían definirse a partir de las diferencias entre actuar según un hábito y según una regla, y verse obligado y tener una obligación.¹⁸⁸

El punto de vista externo puede explicarse a partir de intereses teóricos, rigiéndose bajo la contemplación autolimitada de conductas, es decir, desplegando la visión de un observador que fuera de la práctica aspira a entenderla para explicar los acontecimientos en juego y comprender en términos puramente descriptivos su vigencia empírica.¹⁸⁹ En contraste, el punto de vista interno se precisa a partir de la actitud práctica de aceptación a las reglas, implicando de entrada un compromiso y dando cuenta de la vinculatoriedad con las mismas, pues su importancia es práctica. De ahí que, para quienes participan de esta visión, las reglas sirvan como razones para la acción, o en todo caso se contemplen como guías y criterios para evaluar sus conductas.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Bix, Brian, “Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 26, 2003, pp. 624 y 625.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 625.

¹⁸⁹ Laporta, Francisco, “Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 8, 1990, p. 138.

¹⁹⁰ Después, en un segundo plano, esta dicotomía es caracterizada por Hart de dos modos distintos. Por un lado, en relación con las conductas concebidas a partir de motivaciones y preferencias; por el otro en sentido lógico, más bien lingüístico-normativo. Por el momento no se hará referencia a la segunda partición, pues además de no encontrarse en sintonía con los objetivos del presente apartado, es posible que la distinción hartiana entre el punto de vista interno y externo, en palabras de Atienza, “no sea del todo adecuada para dar cuenta del status lógico de los enunciados de la ciencia jurídica, de la dogmática jurídica, que probablemente habría que considerar más bien como un entrelazado de afirmaciones internas y externas de diverso tipo. La obra de Hart acaba planteando, como la de Kelsen, la necesidad

Cabe hacer mención que la introducción de esta perspectiva epistemológica revolucionó por completo el panorama de la iusfilosofía contemporánea, y produjo una enorme literatura sobre el tema y un sinfín de controversias, que al día de hoy, lejos de unificar y esclarecer el panorama sobre esta categorización, generan profundas confusiones. En *The Concept of Law*, a pesar de que desde el prefacio¹⁹¹ es posible advertir la importancia de esta distinción para el entendimiento de la obra, y de su frecuente utilización a lo largo de la misma, la confusión “entre planteamientos epistemológicos y posicionamientos de situación real ante el sistema jurídico”,¹⁹² ha provocado que algunos juristas, como Riccardo Guastini,¹⁹³ reclamen su falta de precisión y utilidad, aduciendo la imposibilidad de averiguar los estados psicológicos de los actores involucrados.

Aunque la distinción hartiana entre el punto de vista externo y el punto de vista interno, entre observadores y participantes, ha resultado central para plantear los problemas relativos a la aceptación y comportamiento respecto al derecho, también es cierto que dicha segmentación de actores no resulta tan categórica en la práctica. El caso de la abogacía resulta más que adecuado para develar la insuficiencia dual y la confusión a la que se hace referencia, pues la amplitud y el carácter plural de esta actividad rebasa la categorización de estos operadores como meros participantes supeditados a las reglas.

En ese sentido, respecto al punto de vista interno, una de las mayores críticas que se le pueden hacer a esta visión es que el derecho no puede ser comprendido como una práctica uniforme, sino que resulta algo bastante más complejo, donde interrelacionan muchas personas, cada una de las cuales a su vez cuenta con diferentes puntos de vista internos que dependerán tanto de su naturaleza como de sus intencionalidades particulares. Dado que existe una gran cantidad y diversidad de abogados, resulta lógico que también coexistan un sinfín de visiones sobre cómo ejercer la abogacía, un infinito número de razones para la acción, cuyo análisis resulta prácticamente imposible.

de especificar un tipo de enunciados distintos tanto de las prescripciones (de las normas) como de las simples descripciones, que deberían servir para caracterizar —al menos a nivel lingüístico— actividades como las de la ciencia jurídica, la teología dogmática o la filología, pero cuyo status parece ser muy difícil de precisar”. Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, Barcelona, Barcanova, 1985, p. 252.

¹⁹¹ Hart, H. L. A., *The Concept of Law, with a Postscript*, edición de Penelope A. Bulloch y Joseph Raz, *cit.*, p. V.

¹⁹² Robles, Gregorio, “Hart: Algunos puntos críticos”, *cit.*, p. 379.

¹⁹³ Guastini, Riccardo, “Releyendo a Hart”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 37, 2014, p. 101.

A pesar de que un participante se puede definir como tal a partir de su mero sometimiento a las reglas, las razones que motiven su acción, si bien presuponen la existencia de un sistema normativo, no logran dar cuenta de los criterios de aceptación sobre los que se funda el mismo. Es decir, quienes ejercen la abogacía pueden desplegar acciones motivadas por reglas y mantener al mismo tiempo su independencia respecto al grado de reconocimiento de las mismas.

Y es que, bajo la lógica que establecen los presupuestos de los puntos de vista hartianos, parecería que al final de cuentas, una vez que el abogado ha decidido entrar al juego jurídico, no tiene margen de decisión para desvincularse de las reglas establecidas. Como si a este operador se le despojara de su soberanía y voluntad, siendo contemplado como un simple técnico o auxiliar, el estudio de las actitudes críticas y reflexivas que motivan sus acciones conforme a las reglas resultarían insignificantes, por no decir nulas. Su rol, más que como un traductor y un indispensable puente entre la sociedad y el sistema jurídico, se deforma para transmutarse en un insignificante eslabón de una larga y predecible cadena de procesos suscritos de antemano por todos los participantes de forma uniforme.

La interdependencia que retroalimenta el comportamiento de los participantes en función de otros resulta evidente al momento en que modifican sus actitudes respecto a las reglas aceptadas pues, como lo hace notar Bulygin,

en una sociedad, si bien puede haber observadores puros, no hay tal cosa como un participante puro, porque *todo participante es también un observador*. Cabe recordar que estamos hablando de una comunidad, un grupo social, cuyos miembros no son ermitaños que viven en cuevas distantes entre sí, sino que están en permanente contacto unos con otros.¹⁹⁴

Bajo dicha lógica, son precisamente los miles y miles de abogados quienes, al construir los argumentos de sus demandas, analizar el escenario para razonar sus asesorías, o fundamentar sus pretensiones, ejecutan un rol cardinal en el sistema frente a otros participantes. Así, partiendo de expectativas mutuas (entre abogados y particulares, por un lado, mientras que por el otro respecto a los operadores) con el fin de proteger la estabilidad del sistema, algunos han alegado que el punto de vista interno propuesto por Hart resulta adecuado para quienes ejercen la abogacía,¹⁹⁵ ya que éstos de-

¹⁹⁴ Bulygin, Eugenio, “Sobre observadores y participantes”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 21-I, 1998, p. 45.

¹⁹⁵ Fleming, James E., “The Lawyer as Citizen”, *Fordham L. Rev.*, vol. 70, Issue 5, 2002, p. 1713.

ben contemplar al derecho como un conjunto de reglas impuestas tanto a sus clientes como a sus personas, para ejercer la representación dentro de los márgenes que establecen las propias reglas.¹⁹⁶ Sin embargo, a diferencia de los jueces, o incluso de otros funcionarios que se encuentran obligados al mantenimiento de la integridad del sistema jurídico, los abogados, si bien es cierto que se encargan de exigir los derechos de los demandantes frente a los juzgadores, desplegando actitudes propias del participante, también lo es que, entre muchas otras tareas, se encargan de examinar y planear la estrategia jurídica a seguir y proporcionar gran parte de la información a sus representados, presupuestos que sólo se pueden concebir bajo la visión del observador, es decir, desde un punto de vista externo.

Ahora bien, con relación a este otro punto de vista, resulta evidente que si se alude a la contemplación externa, y posterior explicación, del fenómeno normativo, al involucrado en esta empresa no le bastará el mero aspecto factual que se despliega para desarrollar satisfactoriamente su labor, sino que deberá realizar un esfuerzo por aportar un componente intelectual, dirigido a la comprensión cualitativa de lo que ocurre. Así, el abogado se compromete con una posición y, al mismo tiempo, despliega una actividad interpretativa sobre los hechos ocurridos para manifestar sus ideas. Este operador nunca funge como un observador puro, ya que analiza desde fuera el sistema para buscar estrategias, pero, al mismo tiempo, se encuentra comprometido con algunos de los valores que sostienen al mismo.

Precisamente, uno de los aspectos donde más nítida resulta la confusión de dicha caracterización tiene lugar cuando Hart identifica a varios operadores jurídicos (que bajo una primera aproximación parecerían, a todas luces, participantes) como actores que utilizan el punto de vista externo, intentando así no solo dar cuenta de la pluralidad de puntos de vista externos que pueden existir, sino también resolver algunas contradicciones relativas a la forma en que los teóricos del derecho dan cuenta sobre el punto de vista interno, sin que esto, necesariamente, conlleve la aceptación de las reglas que los rigen. El *bad man*,¹⁹⁷ u hombre malo, el malhechor y la víctima, son los tres principales prototipos que Hart utiliza a través de su obra para diferenciar la perspectiva externa. El primero sería aquel que acepta las reglas pero sólo por sortear las consecuencias materiales que afecten su proyecto de vida, es decir, en gran medida por evitar una sanción. De ahí también que éste no trate de desafiar ni cuestionar las reglas, sino, simple y

¹⁹⁶ Wendel, W. Bradley, “Lawyers, Citizens, and the Internal Point of View”, *Fordham L. Rev.*, vol. 75, Cornell Law Faculty Publications, Paper 98, 2006, p. 1493.

¹⁹⁷ En clara alusión a los postulados de Oliver Wendell Holmes.

sencillamente, se limite a actuar bajo parámetros utilitaristas. El segundo se beneficia de las reglas al mismo tiempo que las desafía, negándose a darle importancia a las razones para la acción que determina el derecho para su persona. Y el tercero es aquel que, al estar desprovisto de protección alguna, se le han impuesto las reglas por la fuerza, o por amenazas de fuerza, y por ende no se puede esperar que tenga razones para seguir las reglas como guías de sus estándares de conducta. La identificación de estos tres puntos de vista como externos revela, además de la indeterminación de dicho adjetivo (pues si algunas veces es usado para referir distancia física, otras tantas esa misma palabra es empleada para analizar conductas y actitudes hacia las reglas en juego),¹⁹⁸ lo complicado que resulta su adecuación en la práctica.

En efecto, no sólo es que el punto de vista externo no resulte tan externo, si se acepta que las conductas, o rituales de los involucrados, variarán según su apreciación, sino también que las perspectivas del derecho que toman estos personajes difieren entre ellos mismos, como diferirán también del resto de otros puntos de vista. En ese orden de ideas, los abogados, a la vez que asumen un punto de vista interno, porque se vinculan al ordenamiento dado, sus actividades los posibilitan para mirar a las reglas de dicho ordenamiento bajo el punto de vista externo que le permite observar e interpretar dichas normas de una forma no puramente pasiva, sino creativa, productiva, incluso profanadora o saboteadora.

Así entonces, resulta pertinente tomar en consideración las ambigüedades y malinterpretaciones que pueden derivarse de esta propuesta clasificatoria, pues, siguiendo a Postema, es obvio que la terminología de los puntos de vista en el campo jurídico ideada por Hart manifiesta severos contrastes que se sobreponen, unos con los otros, en formas bastante complejas.¹⁹⁹ Y es que, a simple vista, este estrecho dualismo entre observadores y participantes, asumido sin matices ni reconstrucciones, deja muy poco margen para intentar ordenar a los abogados como actores fundamentales en torno al fenómeno jurídico.

Parecería entonces que la tradición dicotómica occidental, donde las categorías importan más que sus propios contenidos,²⁰⁰ obliga indispensablemente a definirse. Negro o blanco. Liberal o conservador. Izquierda o derecha. Adentro o afuera. Socialista o capitalista. Héroe o villano. Observador

¹⁹⁸ Bix, Brian, *Teoría del derecho: ambición y límites*, cit., pp. 140 y 141.

¹⁹⁹ Postema, Gerald, “Jurisprudence as Practical Philosophy”, *Legal Theory*, Nueva York, Cambridge University Press, 1998, p. 336.

²⁰⁰ Ingala Gómez, Emma, “Salvar lo infinito. La filosofía de Gilles Deleuze”, *Ontology Studies*, núm. 10, 2010, p. 244.

o participante. Aquel lacónico versículo del Apocalipsis (3:15-16), “...pero por cuanto eres tibio, y no frío ni caliente, te vomitaré de mi boca”, anuncia de manera tajante, desde tiempos inmemoriales, ya no sólo lo limitado de las opciones, sino también la condena de los indefinidos. En un mundo generalmente dividido en dos bandos, cualquier otra posibilidad es desplazada o reducida hacia alguna pauta concreta establecida con anterioridad.

En todo caso, las reconstrucciones alternativas que se han ideado para tratar de solventar las incompatibilidades y lagunas entre el punto de vista interno y externo propuesto por Hart resultan útiles para clarificar dicha distinción. Quizá el jurista escocés Neil MacCormick haya sido quien mejor llevó esta empresa a buen término, pues tanto su análisis del punto de vista interno, “como su respuesta al problema de su acomodo en el método de la teoría jurídica han sido aceptados por los seguidores de Hart y, más importante aún, por el mismo Hart, que los hace suyos en sus últimos escritos”.²⁰¹

MacCormick, en efecto, introdujo el llamado “punto de vista hermenéutico”,²⁰² que armoniza la comprensión reflexiva de las consecuencias normativas entre una regla y un caso genérico (propia del punto de vista interno), y la captación, aunque no necesariamente compartida, de la voluntad del patrón como modelo de conducta.²⁰³ Este tercer punto de vista podría ser denominado también como desinteresado o desprendido (*detached*), pues se formula desde la perspectiva de alguien que acepta la validez de las normas, pero sin que esté condicionado a comprometerse con éstas.²⁰⁴ A partir de la práctica de sus participantes, la reconstrucción del material normativo de un sistema jurídico por parte de quien acoge una perspectiva hermenéutica fluctuará entre sus pretensiones y, al mismo tiempo, su no vinculación. En palabras de Cristina Redondo, esta persona “aun cuando tenga que basarse en las creencias de los participantes, puede impugnar —ya sea por incoherentes o directamente falsas— ciertas creencias o conjuntos de creencias referidas al objeto. Dar cuenta del punto de vista interno no implica tener que aceptar todo lo que los participantes sostienen acerca del objeto”.²⁰⁵

²⁰¹ Pérez Bermejo, Juan Manuel, “Estudio Preliminar - Hart, o el tiempo recobrado”, en MacCormick, Neil, *H. L. A. Hart, cit.*, p. 23.

²⁰² El cual sería una reelaboración del denominado “punto de vista externo no extremo”, en la terminología hartiana.

²⁰³ MacCormick, Neil, *H. L. A. Hart, cit.*, p. 115.

²⁰⁴ Jiménez Cano, Roberto M., “Los problemas abiertos de la regla de reconocimiento”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Madrid, núm. 10, julio de 2009, p. 87.

²⁰⁵ Redondo, María Cristina, “The Concept of Law. Cincuenta años”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 37, 2014, p. 121.

Los abogados, tanto por su naturaleza ambivalente como por su rol como expertos que guían, incitan y proporcionan a otros razones para la acción, están posibilitados para situarse en dicha posición intermedia que no parece encuadrarse estrictamente ni con el punto de vista interno ni con el externo, pues una de sus funciones preponderantes es la de informar y advertir a terceros de lo que deben hacer conforme a las reglas jurídicas establecidas, más allá de que quienes ejercen la abogacía se comprometan o no con su aceptación o rechazo.

En línea con esos postulados, Joseph Raz sugiere también algunos matices para clarificar las ideas hartianas, y distingue una clase de enunciados normativos en los que uno puede discutir un punto de vista normativo sin suscribir simultáneamente las exigencias involucradas.²⁰⁶ Dichos enunciados, formulados desde “un punto de vista jurídico”, son los que realiza día a día la figura del abogado, porque este operador

no necesita creer que el sistema legal crea obligaciones morales, pero aun sin esas creencias todavía puede informar a su cliente, interesado en ello, lo que puede y no puede hacer si desea permanecer dentro de la ley. Tales enunciados presuponen la existencia de un sistema normativo, pero no lo aceptan ni expresa ni implícitamente como vinculante sobre el hablante.²⁰⁷

El abogado transita de una a otra mirada, y contempla las normas desde diferentes puntos de vista. De hecho, probablemente, la capacidad de transitar de un punto de vista a otro es la que le dota de potencialidad creativa. El abogado tiene que ponerse en los pies del cliente, que se mueve en la perspectiva interna, porque está siendo acusado, porque está siendo “aprehendido” por el sistema; pero después tiene que mutar de esa mirada, necesaria para empatizar, para explicar, y para dialogar con su cliente, al punto de vista hermenéutico, para poder jugar con las reglas y defender así a su cliente, para accionar, revolucionar en cierto modo, el sistema; pero acaso, para adoptar esa mirada hermenéutica sea imprescindible hacer el esfuerzo de intentar colocarse fuera del sistema, adoptando el enfoque externo del observador.

Al entender el derecho como una compleja práctica social, articulada por múltiples y distintos operadores jurídicos, donde confluyen tanto intereses descriptivos como prescriptivos, las perspectivas entre los puntos

²⁰⁶ Bix, Brian, “H. L. A. Hart y el giro hermenéutico en la teoría del derecho”, trad. de Pablo Navarro y Hugo Selemen, en Bix, Brian, *Teoría del derecho: ambiciones y límites*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 145 y 146.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 146.

de vista de observadores y participantes, antes que enfrentarse, o en todo caso resultar excluyentes, son complementarias, pues las unas con las otras se despliegan por medio de diferentes conductas y actividades destinadas a desarrollar el razonamiento jurídico (por ejemplo, la interpretación) para la consecución de ciertos fines.

En el ejercicio de la abogacía, ni el punto de vista externo suprime un enfoque normativista, ni el interno uno fáctico. En todo caso, se podría hablar de un determinado grado de interexternalidad, pues la figura del abogado al poner de relieve las divergentes facetas que engloba la profesión exacerbaba su ambivalencia y conjuga la contemplación de fenómenos sociales con el accionar de los sistemas normativos, igualando, y difuminando, los roles de los involucrados. De ahí que al día de hoy no sea posible “establecer una separación estricta entre la labor de los teóricos generales del derecho, la de los dogmáticos o la de los operadores prácticos del derecho”.²⁰⁸

No hay que olvidar que la obra de Hart, y en específico la propuesta de los puntos de vista, a pesar de contar con fuertes matices sociológicos, no deja de estar enmarcada dentro del paradigma iuspositivista. Como tal, su caracterización no termina interesándose de lleno por las tensiones que generan las personas que operan el fenómeno jurídico, proyectando así un fuerte componente jerárquico²⁰⁹ en el que bajo los parámetros de esta concepción del derecho, simple y sencillamente, parecería que lo relevante serían aquellas manifestaciones jurídicas en las que unos mandan y otros se limitan a obedecer, es decir, el inicio (la legislación) y el final (la sentencia) del proceso jurídico, entendido como las únicas construcciones argumentativas decisivas y determinantes para el entorno.

Si bien es cierto que mucha de la discusión crítica del trabajo del jurista inglés tiende a aceptar la indispensable inclusión de los participantes al momento de teorizar sobre el derecho,²¹⁰ también lo es que la premisa que subsiste a dicho postulado se empata con la construcción de una teoría jurídica valorativamente neutra, es decir, con uno de los tres pilares que vertebraba la versión hartiana del positivismo jurídico (separación conceptual entre derecho y moral). En ese mismo sentido, también vale la pena mencionar que aunque este iusfilósofo no haya prestado especial atención en su obra a

²⁰⁸ Atienza, Manuel, “Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 37, 2014, p. 304.

²⁰⁹ La Torre, Massimo, “The Hierarchical Model and H. L. A. Hart’s Concept of Law”, *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law [Online]*, Klub Revus, núm. 21, 2013.

²¹⁰ Bix, Brian, *Teoría del derecho: ambición y límites*, presentación de Pablo Navarro, *cit.*, p. 143.

estudiar el papel de los jueces,²¹¹ la herencia del iuspositivismo, igualmente, se ve reflejada en la relevancia que tienen para él las ideas de legalidad y seguridad jurídica, que resuenan en otra de las tesis (discrecionalidad judicial) sobre las que Hart caracteriza su versión del positivismo. Dos de las tradicionales tesis positivistas —la coherencia y plenitud del sistema y la deductivista— son desterradas cuando Hart reconoce que en todo sistema jurídico siempre habrá ciertos casos no previstos y no regulados legalmente, casos de “penumbra” o “difíciles”, donde el juez deberá ejercer sus facultades de forma discrecional y crear derecho para el caso concreto, aunque nunca de forma arbitraria, y siempre acotado por límites jurídicos (límites, por cierto, más estrictos que los que operan sobre el legislador cuando realiza su actividad creadora). En torno a todo este cúmulo de ideas, una vez más, la figura del abogado difícilmente encuentra cabida para su desarrollo, pues contemplado así, como un simple operador al que el positivismo jurídico poco, o nada, le importa, este no tiene influencia alguna dentro de sus principales postulados teóricos.

La desestima del estudio de la figura del abogado dentro de la obra de Hart, teniendo en consideración que éste ejerció la abogacía durante muchos años, denota —antes que un desprecio personal por la profesión— la imposibilidad del positivismo jurídico por tematizar esta figura, pues bajo sus aspiraciones descriptivas y generales queda al descubierto que dicha concepción del derecho no es una teoría adecuada para que los operadores jurídicos resuelvan sus problemas prácticos. Al abogado, como el jurista práctico por excelencia, no le alcanzan los instrumentos metodológicos que propone el iuspositivismo.

Desde ese punto de vista, el posicionamiento de los abogados, como actores fundamentales en la actual sociedad, resulta un tema urgente que necesariamente debe transitar por su análisis teórico, para de esa manera estar en posibilidad de impulsar las potencialidades de estos profesionistas.

Queda claro entonces que la figura del abogado no está tematizada en el marco del iuspositivismo, tal y como éste se ha definido desde que por primera vez surge y tal y como diferentes escuelas lo han ido delineando. Pero ¿podría haber sido tematizado? Esa es la clave. Para afrontar bien esta pregunta conviene no sólo analizar jurídicamente el desarrollo del positivismo, sino también realizar una lectura política del mismo, con el ánimo de evaluar su pertinencia epistemológica y dar cuenta de su capacidad ideológica en torno a la figura del abogado.

²¹¹ Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart - The Nightmare and the Noble Dream*, cit., p. 217.

3. *La interpretación política del iuspositivismo de Uberto Scarpelli*

Antes de analizar este enfoque sobre el positivismo jurídico y su potencial relación con la figura del abogado conviene resaltar el hecho de que Uberto Scarpelli, dos años después de titularse en derecho, también lo hizo en ciencias políticas. A pesar de que esto parecería un dato poco relevante, lo cierto es que al estudiar los postulados sobre los que el jurista y politólogo italiano desarrolla su interpretación del iuspositivismo se descubre una novedosa visión al respecto, que descubre conexiones que por lo general suelen pasar inadvertidas al abordar este tema desde una mera óptica jurídica.

Y es que, en gran medida, la mayor parte de los juristas teóricos del positivismo jurídico o científico suelen evitar una perspectiva del derecho comprometida, que implique algún tipo de reflexión más allá de la jurídico-filosófico; es decir, que despliegue ideas de índole histórica, ética, política, funcional, e incluso cultural. No se trata de excusarse y traer a cuenta el ya tan afamado trabajo interdisciplinar ni tampoco hablar de un eclecticismo jurídico que pueda conjugar todo sin clarificar nada. La investigación jurídica ha cambiado notablemente, y el derecho ha dejado de ser materia exclusiva de abogados, para convertirse en preocupación fundamental de sociólogos, economistas, filósofos, politólogos e historiadores.²¹² En ese sentido, vale la pena resaltar el caso de Uberto Scarpelli, por ser un ejemplo valioso, pues desde la rigurosa vertiente analítica construye, aunque tal vez de forma un tanto paradójica,²¹³ una versión unitaria²¹⁴ sobre el iuspositivismo. Se trata así de una visión que hace explícitos los fines del positivismo jurídico con su vinculación al poder, visibilizando las posibilidades de los juristas como encargados de sustentar y conservar las relaciones político-sociales que encubre dicha concepción del derecho.

²¹² Mijangos y González, Pablo, *El nuevo pasado jurídico mexicano. Una revisión de la historiografía jurídica mexicana durante los últimos 20 años*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2011, p. 14.

²¹³ Vázquez, Rodolfo, “Eduardo García Márquez y el debate positivismo jurídico-jusnaturalismo - Texto de la conferencia en homenaje a Eduardo García Márquez, organizado por la Facultad de Derecho de la UNAM”, *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho de Puebla*, Puebla, núm. 4, 2003, p. 124.

²¹⁴ Esta definición unitaria del iuspositivismo de Scarpelli aspira a “reajustar y reelaborar el núcleo de mayor importancia y valor operativo, a fin de conseguir un instrumento semántico preciso y eficaz, que pueda emplearse con mayor claridad y fuerza orientadora en la situación cultural a que habrá de aplicarse”. Véase Scarpelli, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 11.

Ahora bien, el carácter original y novedoso de algún determinado postulado que se realice de ninguna manera garantiza su éxito y popular difusión. Lo sorprendente fuera de las coordenadas fijadas por el canon de la filosofía jurídica contemporánea en los que se sitúa el iuspositivismo scarpelliano quizá no levante sospechas sobre un olvido deliberado ni tampoco provoque un álgido debate en torno a su necesaria reivindicación frente a la insuficiencia de otras visiones preponderantes. Sin embargo, en definitiva, lo que sí genera es una cierta extrañeza respecto al rol que juega la teoría del derecho, una de cuyas principales propiedades sería la de sus aspiraciones por la generalidad (este término entendido en el sentido de universalidad, de la generación de un teoría jurídica que se extiende a lo largo del tiempo y del espacio, sobre una multiplicidad de ordenamientos más allá de sus especificidades);²¹⁵ pues, como lo afirmaba Calsamiglia, “la teoría general del Derecho no es un instrumento usado por la mayoría de los juristas para resolver sus problemas prácticos. El que no se use puede deberse a una reacción conservadora de los juristas o bien a que las herramientas no son adecuadas para su trabajo y no ofrece respuestas a los problemas que tiene el jurista práctico”.²¹⁶ En ese orden de ideas, la teoría jurídica propuesta por el italiano sobre el positivismo (a diferencia, por ejemplo, de la hartiana), antes que ser general, es particular, porque se relaciona con un sistema jurídico en concreto, y por lo tanto se aleja de cualquier pretensión tendiente a la neutralidad y busca comprometerse con valores sobre los que se erige una determinada forma de organización política.

Así, distanciándose de las versiones positivistas tanto de Bobbio como de Hart, en su libro *Cos'è il positivismo giuridico*, Scarpelli presenta una versión explicativa, en sentido crítico, de esta concepción del derecho, que rechaza tajantemente la idea que equipara a la “jurisprudencia” con cualquier otro modelo de ciencia empírica o de ciencia formal. En efecto, además de no reflejar de manera fehaciente las actividades de los juristas, aquélla encuentra fundamento a partir de una serie de decisiones y elecciones condicionadas por la aceptación de compromisos axiológicos, los cuales, a su vez, acarrean consecuencias y responsabilidades que bajo ninguna circunstancia podrían

²¹⁵ Para mayor abundamiento en el tema relativo al carácter general de la teoría jurídica, desde una perspectiva crítica y con especial énfasis en su distinción semántica y su objeto de estudio, véase Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2013; Jiménez Cano, Roberto M., “¿Puede ser general la teoría general del derecho?”, *Revista de Estudios Jurídicos*, Jaén, segunda época, núm. 12, 2012.

²¹⁶ Calsamiglia, Albert, “Teoría del participante versus teoría general del derecho: una aproximación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 14, 1997, p. 491.

ser justificadas por criterios científico-experimentales, sino a partir de parámetros ético-políticos establecidos por el propio el derecho positivo.²¹⁷

Ante la imposibilidad planteada por comprender al positivismo jurídico bajo criterios científicos, surge la necesidad de presentar una visión alternativa que dé cuenta de este amplio fenómeno determinado por una profunda evolución histórica, de tal forma que Scarpelli decide indagar en los fundamentos ideológicos que dan nacimiento al mismo, distinguiendo una constante caracterizada por la formación y el desarrollo del Estado moderno, cuya evolución decantará en el Estado de derecho. En palabras del iusfilósofo italiano, “el positivismo jurídico, sus concepciones y los modos de operar con el Derecho determinados por él, han desempeñado un papel activo en las vicisitudes de la organización política del Estado Moderno, han contribuido a realizarla y defenderla, han sido ellos mismos un momento y un aspecto de esta organización”.²¹⁸

A través de los juristas prácticos, así como de los cultivadores de la dogmática jurídica, el iuspositivismo ha encontrado un importante cauce para desplegar prósperamente sus condiciones en el mundo moderno.²¹⁹ Y es que, bajo el modelo de organización política que propugna el Estado de derecho, cuya premisa básica se erige sobre la aceptación voluntaria y común de normas de índole legislativa y constitucional, el jurista desempeña un rol determinante, pues éste no se mueve “por el interés de hacer ciencia, sino que hace ciencia para concretar los fines e intereses políticos del Estado Moderno. Por tanto, se trata de un jurista políticamente comprometido con la finalidad hacia la que orienta su actividad y a la cual supedita sus formas científicas de pensar, de expresarse y de actuar”.²²⁰ Un jurista comprometido cuyas elecciones ético-políticas se encuentran prescritas por la

²¹⁷ Es decir, en la interpretación política del positivismo jurídico scarpelliano se despliega “una teoría normativa que prescribe lo que el Derecho debe ser, la identificación del Derecho dependerá” de la convergencia de prácticas comunes en un contexto caracterizado por la pluralidad de normas fundamentales que, en última instancia, dependen de las elecciones individuales de los participantes en dicho sistema jurídico”. Véase Morales Luna, Félix, *La filosofía del derecho de Uberto Scarpelli. Análisis del lenguaje normativo y positivismo*, trabajo presentado bajo la dirección de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero para la colación del grado de doctor en derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, Universidad de Alicante, 2008, p. 399.

²¹⁸ Scarpelli, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 94.

²¹⁹ La propuesta historicista que explica el paradigma iuspositivista desde una óptica evolutiva es desarrollada a partir de la obra de Felipe González Vicén. Véase González Vicén, Felipe, *Estudios de filosofía del derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Universidad de La Laguna, 1979.

²²⁰ Morales Luna, Félix, “Uberto Scarpelli. Un positivista jurídico para el Mundo Latino”, *Memoria del I Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino*, Alicante, Universidad de Alicante-Departamento de Filosofía del Derecho, 2016, p. 17.

aceptación y la exigencia de perseguir determinados valores (en específico, la igualdad y la certeza), que cimentan y sostienen al Estado.

En tal sentido, los operadores del derecho forjados mediante los moldes establecidos por el iuspositivismo despliegan sus actividades no sólo considerando intereses particulares, o ejerciendo sus roles motivados por consideraciones exclusivamente endógenas, sino también asumiendo como propias una serie de intenciones comunes y valores colectivos proyectados a partir de los cambios sociales que acarrea el establecimiento de una forma de organización política, como el Estado moderno.

Además de evocar cierta parcialidad en la construcción de la realidad, la cuestión de la ideología en el ámbito jurídico, de alguna manera, también tiende a reflejarla; así, una determinada concepción del derecho y los conceptos jurídicos que la conforman no son puras fantasías, engaños que no responde a ningún contexto fáctico, sino que tiene un aspecto bifronte: en parte ocultan la realidad y en parte la reflejan.²²¹ Siguiendo las ideas de Pashukanis, para quien el derecho no es sólo una “forma ideológica”, entendida como una experiencia psicológica vivida por los hombres, sino una relación social objetiva,²²² lo pertinente será tener en cuenta y desmenuzar la no neutralidad del derecho que, puesta al servicio de una casta selecta, refleja la apropiación de las relaciones sociales. De ahí que para Uberto Scarpelli el valor fundamental del positivismo jurídico se funda “en la actitud de fidelidad a un legislador constitucional y democrático, que hace posible el funcionamiento del Estado de Derecho”,²²³ es decir, en el seguimiento fervoroso de la voluntad de quienes ostentan el poder normativo, en su importancia instrumental como factor crucial para colaborar en la organización de la sociedad. Este escenario a su vez se complementa con “un momento en el que el derecho adquirió un puesto de centralidad en la vida colectiva que anteriormente había sido ocupado por otras esferas de regulación como la religión o la costumbre, y que corrió parejo con un auge formidable de la profesión del jurista, reconvertido en peón al servicio del Estado y en agente principal de la política”.²²⁴

²²¹ Atienza, Manuel, *Introducción al derecho*, cit., p. 41.

²²² Sánchez, Adolfo, “Pashukanis, teórico marxista del derecho”, *Dialéctica, Revista de la Escuela de la Escuela de Filosofía y Letras de la Universidad Autónoma de Puebla*, Puebla, año II, núm. 2, 1977, pp. 99-101.

²²³ Zorzetto, Silvia, “La filosofía analítica de Uberto Scarpelli. Del análisis del lenguaje valorativo a los principios de la bioética”, *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, Lima, núm. 73, 2014, pp. 548 y 549.

²²⁴ Lloredo, Luis, “Muertes y resurrecciones del positivismo jurídico: una crisis de doscientos años de duración”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 40, 2017, p. 264.

Cuando los juristas ponen en marcha sus dinámicas en relación con la aplicación de normas, al mismo tiempo se encuentran al servicio del poder político, ejerciendo una “toma de conciencia”, eligiendo una postura de connotaciones valorativas respecto a toda una práctica y estructura jurídica, pues sus actividades presuponen “una aceptación (usualmente inconsciente) de dichas normas y, por lo mismo, un «colaboracionismo» (normalmente inconsciente) con tal sistema normativo”,²²⁵ en aras de concretar la voluntad política que se ha manifestado en ese derecho positivo.

Ahora bien, la ideología expresada por el iuspositivismo no transforma a los operadores jurídicos en paladines de la justicia, o agentes ideales para el correcto funcionamiento del sistema y la obtención igualitaria de certeza en la vida diaria, sino que, de forma imperceptible, genera un efecto práctico que vale tanto para justificar al sistema normativo (sin que importe tanto el contenido de sus reglas) como para exigir fidelidad a la figura del jurista positivista. Y es que éste, al final del día, “en su fidelidad al Derecho positivo, en su fidelidad a la ley constitucional que garantiza la libertad, en su fidelidad a la ley formada a través de los procedimientos democráticos, es el custodio de la estructura en la que la variedad y la convivencia de las opciones son posibles”.²²⁶ Esto se torna indispensable, porque la existencia de cualquier tipo de poder coactivo demanda una legitimación. Por lo tanto, el Estado de derecho, como correlato político del positivismo jurídico, necesita garantizar la coordinación autoritativa de sus operadores. Y es que, en la interpretación de Scarpelli,

la cautela de que el jurista deba poner la conciencia sobre el derecho, juzgándolo antes de comprometerse a servirlo, procede de su afirmación de que la labor del jurista positivista, y tanto del teórico como del práctico, es y debe ser de identificación e interpretación conforme al punto de vista interno, entendido por tal “la aceptación del principio fundamental del sistema” y de sus valores propios, lo que explica que, para él, la elección del positivismo jurídico esté sometida a la doble condición de que el sistema jurídico respete los procedimientos democráticos de elaboración de las leyes y de que los garante constitucionalmente.²²⁷

²²⁵ Morales Luna, Félix, *La filosofía del derecho de Uberto Scarpelli. Análisis del lenguaje normativo y positivismo*, cit., p. 378.

²²⁶ Scarpelli, Uberto, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 153.

²²⁷ Ruiz Miguel, Alfonso, “Positivismo ideológico e ideología positivista”, en Ramos Pascua, José Antonio y Rodilla González, Miguel Ángel (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, cit., p. 467.

Bajo esas premisas, la figura del abogado dentro de la interpretación política del iuspositivismo scarpelliano permitiría comprender el rol de estos juristas prácticos, preponderantemente, en torno a la idea de igualdad y de certeza jurídica en una doble dirección respecto a sus clientes y al Estado. Concebidos como los agentes jurídicos adecuados para la consecución de ese par de valores indispensables para el iuspositivismo, y necesarios para el sostentimiento de la estructura de la sociedad en su conjunto, los abogados afrontan el desafío de fungir como puentes entre ese grupo de privilegiados que conocen y manejan las normas dentro de un sistema y aquellos a quienes les resultan ajenos dichos procesos preestablecidos. A manera de “eslabón perdido”, las personas que ejercen la abogacía pueden ser visualizadas como el factor determinante que ensambla la dinámica iniciada por el legislador y culminada por el juez, porque ante la vastedad de reglas jurídicas en juego, y en general frente al enredado carácter técnico que abarca dicha empresa, el conocimiento del derecho, si bien no es imposible, sí resulta bastante complejo.

De ahí las amplias responsabilidades de los abogados en relación con el valor de la igualdad, porque aunque no depende enteramente de ellos poner punto final a una amplia serie de procesos que corresponderán a quienes ostentan el monopolio de la justicia a través de la sentencia, a los abogados sí les corresponde fungir como vehículos ante dichas instancias. Son ellos quienes tendrán que presentar de la mejor manera posible las pretensiones deseadas para que los jueces tomen la mejor decisión posible, teniendo que traducir lo que se quiere que suceda en los mejores términos. Traductores, igualadores de sus clientes, como escribe Josep Aguiló, atendiendo

al papel de traductor del lenguaje del conflicto que desde siempre se ha atribuido al rol del abogado en relación con su cliente. El cliente, que es un actor del conflicto, tiende a personalizar el problema mientras que el abogado, que es un profesional del conflicto, debe tratar de despersonalizarlo, de objetivarlo.²²⁸

Pero no sólo eso, sino que en ese doble juego del que el abogado es partícipe hacia su cliente y hacia el sistema (como agente auxiliar del mismo), también vela, aunque de manera un tanto tangencial, por que los comportamientos de los individuos en sociedad se ciñan a lo prescrito por las reglas —a través de los rígidos y rigurosos procedimientos jurídicos instituidos—, concretando así la voluntad política del legislador.

²²⁸ Aguiló, Josep, “Cuatro modos de debatir”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 36, 2013, p. 216.

La certeza e igualdad en el Derecho son deseables tanto desde el punto de vista del legislador (quien, a través de una fiel e igual aplicación de las normas, podrá concretar su ideología política anteponiéndola a los intereses y preferencias de los operadores jurídicos) como del ciudadano (por gozar de la paridad y seguridad jurídica).²²⁹

Así, dentro de ese esquema, los abogados tienen que fungir como activos intermediarios, porque ellos ostentan el privilegio del acceso a los procedimientos judiciales. Por decirlo de algún modo, gestionan el derecho de defensa de los ciudadanos y recae sobre dicho colectivo el acceso exclusivo a los procedimientos del sistema normativo. De ahí, precisamente, que resulten decisivos para la concreción del valor de la igualdad y de la certeza en el Estado de derecho, porque el abogado no considera a las normas como un dato más sino como un dato privilegiado, que conlleva una serie de compromisos axiológicos. Por ello, antes que con un científico, Scarpelli asemeja al jurista positivista con un teólogo.²³⁰ Como afirma Luis Lloredo,

se trata de una dinámica constatable en todo el positivismo jurídico. De algún modo, en la base de esta corriente se halla la génesis de una casta de juristas destinada a cuidar el Derecho positivo, al servicio del Estado y de su correcto funcionamiento. En definitiva, preparada para ejercer “el sacerdocio” civil del Derecho.²³¹

Según palabras de Scarpelli,

se realiza la certeza y la igualdad en la estructura técnica del estado de Derecho en la ejecución de la ley que, una vez puesta, es soberana, vincula a todos, al estado mismo y a toda persona jurídica pública y privada y a todo ciudadano, y es interpretada, ejecutada, aplicada por los jueces con la fidelidad y el rigor científico del método positivo, cuyo uso es posible gracias a una madura ciencia jurídica positiva que prepara, acompaña y critica la actividad jurisdiccional.²³²

Así, el énfasis de la teoría scarpelliana sobre el positivismo jurídico —como él mismo lo afirmó— busca situar al jurista ante sus responsabilidades.

²²⁹ Morales Luna, Félix, *La filosofía del derecho de Uberto Scarpelli. Análisis del lenguaje normativo y positivismo*, cit., p. 31.

²³⁰ Morales Luna, Félix, “Uberto Scarpelli. Un positivista jurídico para el Mundo Latino”, cit., p. 16.

²³¹ Lloredo, Luis, *Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico*, cit., p. 187.

²³² Scarpelli, Uberto, *Filosofía analítica e giurisprudenza*, Milán, Nuvoletti, 1953, pp. 119 y 120.

dades morales y políticas. Sin embargo, y lamentablemente, no a todos los involucrados se les exigen las mismas cuentas ni a todos se les mide con la misma vara.

A pesar de que las condiciones ético-políticas del iuspositivismo planteadas por el jurista italiano resultan adecuadas para teorizar sobre la figura del abogado dentro de esta interpretación filosófica, vale la pena mencionar que, de nueva cuenta, la oportunidad se desaprovecha por distintos motivos. Primero, por un exceso de confianza puesto en la figura del legislador,²³³ como ese agente dotado de un fuerte poder normativo para incidir sobre las estructuras sociales. Segundo, por aspectos funcionales, como aquel que postula la creencia en la automaticidad del sistema, es decir, en que el Poder Judicial y el Poder Legislativo trabajan en solitario y de forma aislada, cuando lo cierto es que todo el sistema funciona si, y solo si, la gente introduce demandas, si se acciona la maquinaria a partir del trabajo de los abogados.

A los abogados, a diferencia de los legisladores y de los jueces, resulta más difícil controlarlos, estandarizarlos bajo parámetros normativos. Y esto no sólo por una cuestión de cantidades numéricas, sino, y sobre todo, por esa ambivalente tensión a la que se hacía referencia líneas arriba, por esa ambigüedad que emana de la conjunción entre los intereses particulares de defender y el mantenimiento del orden social. Siguiendo a Mario Jori, si “el derecho como mecanismo normativo existe en la medida en que consigue dirigir o controlar los comportamientos”,²³⁴ para el caso de los abogados, dicha afirmación resulta bastante difusa. Ya que si bien, por un lado, pueden fomentar la igualdad y la certeza del sistema (amparados bajo reglas precisas e inflexibles procedimientos), por el otro, al mismo tiempo, pueden insertar una cierta dosis de incertidumbre en el mismo, pues sus acciones, a pesar de que están más o menos prefijadas, dependerán de los juicios valorativos que realicen individualmente sobre el contenido de las normas positivas en función de sus clientes, o del Estado.

La “toma de conciencia” a la que refiere el iuspositivismo scarpelliano respecto a los juristas positivistas, para desplegar la labor reconstructiva de

²³³ El mismo Scarpelli, en gran medida, decepcionado por la ineptitud del trabajo de los legisladores, años después mostró cierta predilección por el derecho judicial, dotando de un mayor poder normativo a las altas cortes. Véase Zorzetto, Silvia, “La filosofía analítica de Uberto Scarpelli. Del análisis del lenguaje valorativo a los principios de la bioética”, *cit.*, p. 549. Para conocer algunos de los principales cambios en la teoría scarpelliana a partir del proceso de descodificación, véase Ansútegui Roig, Francisco Javier, “¿Crisis del positivismo jurídico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, núm. 2, año I, 1993, pp. 146 y ss.

²³⁴ Jori, Mario, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, Edizioni ETS, 2010, pp. 15 y 16.

las normas que expresan la voluntad del sistema político, tal vez resulte suficiente para aquellos operadores que se encuentren medianamente institucionalizados, o que dentro de los márgenes implantados se limitan a describir el derecho positivo a fin de hacerlo coherente. Quizá, también respecto a los ciudadanos que tendrían a bien ceñir su comportamiento a lo prescrito por las normas. Pero para el caso de los abogados, en definitiva, tal posicionamiento no basta para dar cuenta de sus actuaciones y asegurar su compromiso con el sistema, pues a diferencia de las altas cortes, de los funcionarios jurisdiccionales, o incluso de los legisladores, resulta difícil distinguir un mínimo común denominador que pueda agrupar sus razonamientos. La profesión de abogado es bastante heterogénea como para aseverar que la aplicación de normas a casos concretos se basa en una actitud promocional y colaboracionista con el Estado, relegando la posición de los clientes a un segundo plano. Por lo tanto, también resulta dudoso que los motivos y los juicios de valor que develen sus pretensiones en cuanto que grupo de interés puedan empatarse con cierta función social de reciprocidad.

La tematización de la figura del abogado dentro de la interpretación política del iuspositivismo resulta incómoda, mas no imposible. La preponderancia del derecho codificado y del estatalismo en el positivismo jurídico generan estrechas vías para abordar a otros operadores jurídicos más allá de los legisladores y de los jueces. Si, según Scarpelli, el positivismo surge como proyección de las transformaciones sociales que trajo consigo la aparición del proyecto político del Estado de derecho, resulta pertinente mencionar que su vigencia se ve amenazada por otras formas de producción normativa, que ponen en entredicho la preeminencia de esta forma de organización política.

Está en los abogados la decisión de potencializar o no el carácter autoritativo del derecho positivo que valida al sistema político. Su naturaleza versátil, oscilando entre oficiales auxiliares del sistema y agentes particulares de índole liberal, agrava sus posibilidades axiológicas no sólo en cuestiones morales relacionadas con la deontología, sino, y sobre todo, en relación con los modelos políticos de los cuales quieran ser parte. El interés de la reflexión teórica sobre la abogacía no sólo reside en temas que tradicionalmente se encuentran anclados a la despolitización de sus acciones, sino que llega hasta el extremo de poder comprender a este operador como un catalizador del cambio político y del cambio social, cuestionando las implicaciones de un ejercicio profesional comprometido con su entorno.

A grandes rasgos, se podría afirmar que la irrupción del iuspositivismo en el pensamiento jurídico contemporáneo provocó grandes transformaciones y clausuró ideas precedentes relacionadas con la fundamentación del

derecho desde una óptica iusnaturalista, pero estableció también severos moldes conceptuales para pensar el derecho en clave de un sistema oficial que posee autoridad. Su aplicación, entonces, dependerá de agentes dóciles que estén no sólo a merced de dicho ente autoritativo, sino que, en igual sentido, obedezcan sus reglas, evitando tergiversarlas y dotándolas de legitimidad. Por eso, la figura del abogado importa poco o nada para los teóricos. Sin embargo, si se amplía el campo desplegado por los postulados epistemológicos del iuspositivismo y se adentra en su carácter político, es posible considerar a los abogados como elementos indispensables para la consecución de una determinada forma de organización en sociedad. Sus actividades no sólo se ciñen a la puesta en marcha de toda la maquinaria jurídica, sino que ejercen una actividad esencialmente partisana, comprometiéndose, o no, con el Estado. Bajo esta óptica, la aplicación del derecho para los abogados no resultará más un acto mecanicista y eminentemente técnico, de rendir pleitesía y sometimiento al sistema. Por el contrario, será un ejercicio de comportamiento estratégico, de compromiso y legitimación, buscando no solamente usos alternativos del derecho, sino asimismo opciones más allá de las reglas establecidas, es decir, considerando que el derecho es algo más que lo plasmado en los códigos y en las Constituciones. El derecho es acción, y como tal su devenir dependerá de su puesta en práctica.

A lo largo de este capítulo se han presentado tres visiones distintas de la concepción positivista del derecho, haciendo diversas consideraciones sobre el rol de los abogados dentro de la misma. La nota distintiva parecerían ser las estrechas posibilidades que deja el iuspositivismo para teorizar sobre estos actores, incluso a pesar de la relevancia de la interpretación política. De ahí que, precisamente, a continuación se realice un repaso por distintas concepciones del derecho y movimientos jurídicos que rompen el paradigma positivista para afrontar consideraciones alternativas, abordajes más tendientes hacia la sociología y la sociología jurídica.