

CAPÍTULO QUINTO

EL OFICIO DE JURISTA. CIENCIA Y PRÁCTICA DEL DERECHO TAL COMO ES Y NO COMO DEBERÍA SER	141
I. Introducción	141
II. La perspectiva adecuada según la visión clásica	143
III. La ciencia y arte del derecho tal como es	145
IV. Los problemas de la noción “contemplativa” de ciencia del derecho.	147

CAPÍTULO QUINTO

EL OFICIO DE JURISTA. CIENCIA Y PRÁCTICA DEL DERECHO TAL COMO ES Y NO COMO DEBERÍA SER

I. INTRODUCCIÓN

Una reflexión iusfilosófica sobre las relaciones entre la profesión jurídica y la ciencia del derecho debería tender a clarificar tanto la experiencia cotidiana de quienes ejercen la profesión como la autocomprensión de quienes cultivan alguna ciencia del derecho en cualquiera de sus especializaciones. Aquí se sostendrá una tesis antigua sobre la función propia de los juristas, pero no se procura clarificar nada; por el contrario, casi me atrevo a asegurar que todo quedará más confuso al final.

La confusión es una característica tradicional de la teoría jurídica moderna, según confiesan sus representantes. Consideremos, por ejemplo, las siguientes afirmaciones. “La presente *condición caótica y anárquica* de la ciencia ética en este país pone al teórico del derecho o de la política en la más grande desventaja”¹ (Sheldon Amos, siglo XIX).

En derecho, como en otras cosas, podemos conocer y, con todo, no comprender. *Las sombras que oscurecen a menudo nuestro conocimiento*, no solamente cambian de intensidad, sino que son producidas por diversos obstáculos a la luz. Éstos no pueden ser eliminados todos por los mismos métodos, y mientras no determinemos el carácter preciso de nuestra perplejidad no podemos decir qué instrumentos necesitaremos... [L]as nociones jurídicas

¹ Amos, S., *The Science of Law*, Londres, Henry S. King & Co., 1874, p. VI. Énfasis añadido.

pueden ser elucidadas mediante métodos adecuadamente adaptados a su carácter específico. Tales métodos fueron entrevistados por nuestros predecesores, pero solamente han sido comprendidos y desarrollados plenamente en nuestros días² (Herbert Hart, mediados del siglo XX).

Alguien que aborda la filosofía jurídica por primera vez no puede evitar *verse terriblemente confundido* por todo esto. Aquéllos más familiarizados con la senda seguida por la teoría jurídica general durante los últimos años estarían forzados a admitir por lo menos *un poquito de perplejidad y preocupación*. [...] Uno de los objetivos de este libro es ayudar a *disipar al menos algo del caos* en el que la teoría jurídica parece haber caído en años recientes³ (Wilfried Waluchow, fines del siglo XX).

Resulta curioso, por decir lo menos, que se trate de la tradición de los autores más interesados en disipar las confusiones mediante una clara separación entre descripción y crítica del derecho. El ideal de una ciencia jurídica “objetiva” exigía, para esos autores —desde Austin a Hart—, distinguir el derecho “tal como es” del derecho “tal como debe ser”; separar la descripción de la crítica. Sin embargo, la descripción del derecho *que es* exige adoptar previamente una perspectiva determinada. Yo trato de mostrar el sentido del oficio de jurista como ciencia práctica que discierne lo justo de lo injusto. Para esto, sostengo que la perspectiva más adecuada para comprender el derecho *tal como es* es la perspectiva de la vida del foro, y muestro la confusión y la variedad de “ciencias jurídicas” a que llevó la separación iuspositivista entre el derecho que es y el derecho que debe ser.

² Hart, H. L. A., *Definition and Theory in Jurisprudence. An Inaugural Lecture delivered before the University of Oxford on 30 May 1953*, Oxford, Clarendon Press, 1953, ahora en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, O.U.P., 1983, pp. 21 y ss., en p. 21. Énfasis añadido.

³ Waluchow, W. J., *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, O.U.P., 1994, pp. 1 y 2. Énfasis añadido.

II. LA PERSPECTIVA ADECUADA SEGÚN LA VISIÓN CLÁSICA

Según Javier Hervada, “la perspectiva desde la cual accedemos a la inteligibilidad de la realidad contemplada, condiciona todo el sistema científico”.⁴ Para todo conocimiento humano, la verdad alcanzada es parcial, de lo cual se sigue que no se deben absolutizar los resultados de una determinada indagación y que es necesario, para acceder a una verdad importante sobre un objeto, determinar bien la perspectiva más adecuada para elaborar una ciencia, la ciencia del derecho en nuestro caso. Según los clásicos de la filosofía del derecho esa perspectiva es la de la vida del foro, donde el jurista por antonomasia es el juez, quien dice el derecho (el *ius suum* de alguien): qué se ha de dar a quién.

El derecho puede considerarse como ley o norma (derecho objetivo, en la terminología actual), como facultad moral de obrar o exigir (derecho subjetivo) o —según una acepción casi perdida en el lenguaje corriente—⁵ como “lo derecho”, lo debido o lo justo (el derecho en sentido realista clásico, el objeto de la justicia).⁶ Los clásicos comprenden el arte del derecho como *iusti atque iniusti scientia*, el arte o ciencia práctica de lo justo, que tiene la “finalidad no desmentida” de “decir lo justo”, a la vez que “lo justo” se entiende a la luz de “una noción precisa de justicia, invariada a lo largo de los siglos”, a saber, la virtud que inclina a dar a cada uno lo suyo.⁷ Desde tal punto de partida resulta sencillamente obvio que el derecho como arte, con una precisa función social, no se comprende desligado de la comprensión de la justi-

⁴ Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 1992, p. 72.

⁵ La acepción parece casi ausente del lenguaje contemporáneo sobre todo porque, aunque el término “derecho” conserva la connotación de rectitud (moral) y derivadamente de justicia, no es en sí mismo una derivación del término latino “*ius*”, del cual sí derivan directamente la voz “justicia” y los términos castellanos como “jurídico”. Cfr. Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, citado en la nota anterior, p. 169.

⁶ Cfr. *ibidem*, pp. 179-191.

⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 71-87.

cia, tesis que pone en jaque desde el comienzo toda concepción de la ciencia del derecho como aséptica o no valorativa.⁸

La función social del jurista se comprende especialmente a la luz de la vida del foro cuando se repara en dos presupuestos fundamentales. En primer lugar, las cosas están repartidas o atribuidas —son suyas de alguien—, según un título y en una medida más o menos determinada. El hecho social aceptado de la atribución y del reparto de las cosas está al mismo tiempo en la base del derecho como arte y de la economía (de ahí que no deba extrañar al jurista práctico la posibilidad del análisis económico del derecho). En segundo lugar, hay relaciones de comunicación entre los hombres, por las cuales esas cosas pueden estar en poder de otros o ser atacadas y dañadas, de donde resulta necesario y bueno para la convivencia pacífica que se respeten esas cosas o que se restituyan.⁹ A partir de esta observación se comprende la fórmula del acto de la justicia como “dar a cada uno lo suyo”, un acto segundo que sigue a la constitución de lo suyo de alguien (acto primero), de modo que el arte de determinar “lo justo” se concreta en conocer el “título” del derecho —lo que atribuye algo a alguien— y la “medida” o delimitación exacta de la cosa debida, presupuesto su fundamento —lo que habilita para ser titular, que como mínimo es el ser persona.¹⁰

Las cosas pasan o pueden pasar a poder de otros, permaneciendo “suyas” del titular, y entonces es necesario dárselas a dicho titular. Aristóteles distinguió dos formas, en las relaciones de justicia entre particulares, en que algo puede pasar a poder de otro, o dicho de otra manera, dos formas en que se produce una comunicación entre personas que da origen a algo “debido” al otro y exigible por él. Hay intercambios voluntarios, en los cuales lo que una parte da es por convención —dentro de ciertos límites—

⁸ Cfr., en el mismo sentido, Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, O.U.P., 1980, 1992, pp. 3-22.

⁹ Cfr. Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1993, pp. 23-30.

¹⁰ Cfr. *ibidem*, pp. 23-50.

equivalente aritméticamente a lo que da la otra. Pero también hay intercambios no voluntarios, en los cuales una parte daña lo suyo de otra contra la voluntad o sin la voluntad de la parte perjudicada. En este segundo caso, la justicia exige que se dé satisfacción al perjudicado mediante algo equivalente no sólo al daño padecido materialmente, sino también al agravio de la voluntad, lo cual se consigue mediante el castigo.¹¹ Según James Gordley, la división clásica de la justicia explica de modo coherente las diversas formas de relaciones jurídicas —él se refiere específicamente a los contratos— sin incurrir en explicaciones fundadas en conceptos *a priori* de diversos tipos de intercambios (definiciones de los contratos).¹²

III. LA CIENCIA Y ARTE DEL DERECHO TAL COMO ES

El oficio de jurista se traduce, por ende, en el ejercicio público de un saber prudente, un saber práctico que tiene por objeto decir qué es lo propio de cada uno para, como consecuencia de ese reconocimiento práctico, conseguir que sea respetado. El resultado del ejercicio de este arte es la paz social, porque la paz es fruto de que cada uno tenga lo suyo adecuadamente coordinado con lo que exige el derecho de todos.

En consecuencia, el arte o ciencia del derecho “tal como es” implica, siempre que se asume la perspectiva práctica de la vida del foro y del ejercicio de la función social de los juristas, una unión indisoluble entre “decir lo debido” (no sólo lo justo legal) y cumplir el fin de ese acto (*i.e.*, facilitar que se dé a cada uno lo suyo). Lo “justo real” no es, por ende, un ideal inalcanzable de “justicia” —lo que podría ser el objeto utópico de la acción política—, sino un objeto —la acción debida— posible, exigible, determinado por un título de atribución y según una medida deter-

¹¹ Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, V, 4: 1131b-1132b.

¹² Cfr. Gordley, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, O.U.P., 1992.

minada. Lo justo concreto es precisamente lo que los juristas delimitan en sus dictámenes.

Esta conceptualización del derecho supone, respecto del razonamiento jurídico “tal como es”, que los esfuerzos de la razón práctica para “conocer” el derecho tienen como finalidad última, dentro de ese ámbito, no un conocimiento especulativo de normas, ni de hechos empíricos, sino un conocimiento práctico de un objeto operable, a saber, lo que debe darse a alguien en una situación concreta. Para arribar a la determinación de “lo que debe darse” el razonamiento jurídico recurre simultáneamente a consideraciones de dos clases inextricablemente unidas. Por una parte, acude a consideraciones técnicas sobre diversos títulos “positivos” de lo debido, *i.e.* derivados de fuentes sociales: leyes, contratos, costumbres, etcétera. Por otra parte, puesto que el fin de toda la indagación es práctico, dar a cada uno lo que *realmente* le corresponde en definitiva, el razonamiento jurídico no puede evitar —moralmente no debe eludir— una deliberación sustancialmente valorativa que apunta al fin del arte jurídico: decir lo justo. Curiosamente, coinciden con esta tesis clásica, a partir de investigaciones diversas en muchos aspectos, autores como Viewegh, Esser, Perelman, Dworkin, Villey y el mismo Joseph Raz.¹³

En definitiva, la acción de decir qué es lo debido a otro, sometida a las reglas del arte de la discusión en el foro, se apoya a la vez en fundamentos técnicos y “fuentes sociales” del derecho y en fundamentos morales, valorativos o —si se prefiere— “ideológicos”. Tal es la tesis clásica de que el derecho real, “tal como es”, es en parte “natural” (racional, moral) y en parte “positivo” (convencional, legal). Con otras palabras, la observación del de-

¹³ Cfr. Viewegh, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1964, esp. pp. 47-64 y 125-143; Esser, Joseph, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, esp. pp. 1-36; Perelman, Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979, esp. pp. 33-130; Dworkin, Ronald, “El modelo de las normas (I) y (II)”, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 61-145; y Raz, Joseph, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, O.U.P., 1979, 1983, pp. 37-52 y 59-77.

recho tal como es en la práctica —en la perspectiva del jurista que ejerce— lleva a la conclusión de que el derecho no puede contemplarse “especulativamente” con prescindencia de cómo debe ser incluso “moralmente”.

IV. LOS PROBLEMAS DE LA NOCIÓN “CONTEMPLATIVA” DE CIENCIA DEL DERECHO

El problema de la distinción ser/deber es que, aun siendo válida, no es ni puede ser tratada como un primer principio. Kelsen, por ejemplo, considera que la distinción entre el mundo del ser y el mundo del deber es un punto de partida evidente por sí mismo. La noción de “deber” y de “lo debido” sería, como la de “lo bueno” en la ética de G. E. Moore, una noción primera no reductible a ninguna otra. Ahora bien, esta necesidad de arribar a una noción primera y a un principio práctico evidente e irreductible es uno de los componentes esenciales de la teoría clásica de la ley natural —componente que subsiste, de esta forma, en Kelsen—; sin embargo, la noción de lo bueno como noción primera de la razón práctica, que da origen a un principio práctico o “de deber”, no puede separarse de la comprensión del “ser” como si hubiese dos “mundos” distintos. De hecho, la “esencialización” del “deber ser” como opuesto al “ser”, en la que se basa la pretensión de alcanzar un conocimiento objetivo del “ser” del derecho, independiente del “deber” objeto de ideología o de valoración “subjetiva”, obliga al teórico del derecho a decidir voluntaristamente dónde situar el “ser puro” del derecho. Una ciencia del “derecho tal como es” implica una decisión voluntarista sobre qué es el derecho, como se ve en las obras —contrapuestas entre sí en cuanto a esa decisión voluntarista inicial— de Bentham, Austin, Kelsen, Hart, Ross, Olivecrona, Holmes y Dworkin.

Veamos cómo aborda H. L. A. Hart esta contraposición y cómo, consciente de las ambigüedades y confusiones a que conduce, procura mantenerla y clarificarla.

Hart consideró como una de las “tesis positivistas” la de la separación conceptual entre el derecho que es y el derecho que debe ser. Hart comenzó su explicación de la tesis positivista con palabras de John Austin:

La existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito, otra. Hay una investigación sobre si existe o no existe; otra investigación diferente, sobre si está o no está de acuerdo con una pauta asumida. Una ley que realmente existe es una ley, aunque suceda que no nos guste, o que no concuerde con el texto según el cual regulamos nuestra aprobación o desaprobación. Esta verdad, proclamada formalmente como una proposición abstracta, es tan simple y tan deslumbrante que parece inútil insistir en ella; pero, aun siendo simple y deslumbrante cuando se enuncia en expresiones abstractas, la enumeración de los casos en que ha sido olvidada llenaría un volumen.¹⁴

Hart nota que la protesta de Austin es bastante general, pues la confusión denunciada “es un error, *cualquiera sea nuestra pauta de lo que debe ser*”;¹⁵ pero, añade Hart, los ejemplos siempre se refieren a lo que la moral exigiría que debe ser, aunque la moral también puede ser cosas diversas, como la ley de Dios o la moral positiva de la sociedad.¹⁶ En otro pasaje, repite la misma observación:

Debemos, pienso, cuidarnos de pensar de modo demasiado simplista sobre la palabra ‘debe’. Esto es así no porque no haya de hacerse distinción entre el derecho como es y como debe ser. Lejos

¹⁴ Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Library of Ideas edn. 1954, pp. 184-185, citado por Hart, H. L. A, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, O.U.P., 1983, 52.

¹⁵ Hart, H. L. A, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, 71, 1958, pp. 593-629, ahora en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1982, pp. 49-87, en pp. 52-53. Énfasis añadido.

¹⁶ *Cfr. ibidem*, p. 53.

de eso. Es porque la distinción habría de ser entre lo que es y lo que desde muchos puntos de vista debe ser. La palabra ‘debe’ simplemente refleja la presencia de una pauta para la crítica; una de estas pautas es una pauta moral, pero no todas las pautas son morales.¹⁷

Además, el “derecho que es” también cambia según la previa elección de un concepto unívoco de derecho y según una suposición metafísica acerca del “ser” que es objeto posible de un conocimiento separado de la valoración. Según Hart (y Kelsen) ese “ser” del derecho es en sí mismo un “deber” según unas normas dadas; pero el “ser” del derecho, ese “deber” separado o distinto del “deber ser del derecho según la moral (o una moral cualquiera)”, no se reduce a otros “seres”, los hechos empíricos. Los enunciados sobre derechos y deberes no se reducen a enunciados empíricos de carácter sociológico o psicológico. El derecho hace que las conductas sean, en algún sentido, “obligatorias”. Kelsen concibió la idea de una “norma básica” —suposición o ficción de la ciencia jurídica— como fundamento último de la normatividad del derecho; es decir, de que el derecho pertenezca al ámbito del “deber ser”, objeto de una ciencia normativa y no de una ciencia empírica, aunque haya ciencias empíricas sobre los aspectos no normativos relacionados con el derecho. Pero, ¿cómo se justifica esta conceptualización del “derecho que es” como una especie de “deber”? Realmente, no se justifica: es un presupuesto “evidente”.

Los realistas americanos y escandinavos tienen en común, con Kelsen y Hart, que aceptan la separación entre el “derecho que es” y el “derecho que debe ser”; pero lo hacen, contra Kelsen y Hart, precisamente porque niegan toda forma de “deber ser”. Por tanto, el “derecho que es” se identifica con determinados hechos objeto de descripción empírica y de predicción; pero nunca constituyen “deberes” u “obligaciones”, ideas “metafísicas” o “mágicas” cuya única contrapartida “real” son determinados hechos empíricos: sentimientos de compulsión, castigos, decisiones ju-

¹⁷ *Ibidem*, p. 69.

diciales y, entre otros “hechos”, las leyes positivas —actos políticos concretos— que, siendo parte de lo que acaece en el ámbito jurídico, pueden explicar de algún modo o ayudar a predecir otros acontecimientos. De manera parecida, “la moral” y cualquier pauta usada para criticar el derecho no constituyen otros modos de “deber”, sino otros tipos de hechos psicológicos, irracionales, que influyen y operan junto al derecho.

Hart piensa que el “realismo jurídico” es sólo una exageración que basta confinar dentro de unos límites, cuando en verdad consiste en sacar las consecuencias de la separación ser/deber. En la raíz de dicha separación estaba la idea de que el mundo de los hechos podía conocerse “objetivamente”, al paso que el mundo de los valores estaba plagado de debates interminables donde ninguna verdad podía ser determinada “objetivamente”.¹⁸ La idea fundamental era que el “derecho” podía ser conocido con certeza científica. Las reglas y su significado y alcance habían de ser objeto de determinación antes de ser aplicadas, porque la posibilidad de un conocimiento anticipado del derecho era esencial para la seguridad jurídica.

Cuando el positivismo jurídico admitió que las reglas no pueden predeterminarlo todo, sino que hay un ámbito de discrecionalidad dejado a los órganos “aplicadores” del derecho, el mismo ideal de certeza científica y de seguridad jurídica exigió que la ciencia del derecho no fuese ya sólo ciencia de reglas. Al fin y al

¹⁸ La terminología de los “valores” es más reciente, pero expresa la misma contraposición naturaleza/libertad, ser/deber, etcétera. *Cfr.* Wright, G. H. von, “Is and Ought”, en Bulygin, E. y Gardies, J.-L. (eds.), *Man, Law and modern Forms of Life*, D. Dordrecht, Reidel Publishing, 1985, pp. 263-281. Von Wright ofrece un análisis de dicha dicotomía que niega la idea de los “dos mundos” (ser/deber) precisamente porque lo “normativo” no es cognoscible. Existe el “derecho” (positivo) porque no hay deberes en sentido real. “La imposibilidad de derivar un «debe» de un «es» es una consecuencia de la opinión no cognotivista sobre las normas” (*ibidem*, p. 277). A mi juicio, dicha conclusión se sigue lógicamente cuando no se tiene la visión clásica, en la cual se acepta la misma regla lógica de inderivabilidad, pero su contexto metafísico explica el fundamento de las reglas en el orden de los fines y los bienes (sin deducción de “imperativos”).

cabo, las reglas no darán la respuesta última sobre qué será tenido por “derecho”. La forma de resolver esta nueva dicotomía fue, una vez más, distinguir entre el “derecho que debe ser” según un patrón normativo predeterminado —aunque sea la norma positiva legislada— y el “derecho que efectivamente es” según las concretas decisiones de los órganos judiciales —o según cualquier otro criterio empírico (uso de fuerza estatal, sentimientos de temor, etcétera)—. Desde el punto de vista de un conocimiento cierto que permitiera saber a qué atenerse, se requería un estudio empírico de todos los factores que permitiesen predecir una decisión discrecional. Los “realistas” no negaban que fuese posible un análisis general de conceptos jurídicos y de reglas, pero no consideraban que esas explicaciones fuesen de primera importancia para el propósito de conocer con certeza el derecho tal como es y saber a qué atenerse —peor aún, podrían ser una máscara—. Por supuesto, esta orientación realista mantuvo la tesis de que el derecho tal como es no puede ser identificado por referencia a cómo debería ser según un determinado sistema moral, sino por relación a los factores empíricos que lo determinan. En este sentido continuaba el ideal “positivista” de separación entre derecho y moral, sacando consecuencias que de hecho están ya presentes en Bentham y Kelsen —ambos consideran que la normatividad es “ficticia”—.

Por otra parte, la tradición iuspositivista mantenía que “el derecho” es “el derecho positivo”. Si ésa era una tesis sobre qué debía considerarse realmente “lo debido”, implicaba que lo justo e injusto, los criterios morales, quedaban en manos del Estado —tal era el origen del positivismo como medio de acabar con guerras de religión y con la imposición política de criterios morales “subjetivos”—. Si, por el contrario, solamente se afirmaba *a priori* que ése era el significado de “derecho”, y que a partir de ahí había que estudiar el “derecho positivo” —o sea, “el derecho”—, entonces comenzaba el tremendo problema de identificar “el derecho que es” precisamente con “el ser del derecho”, o sea, con algún “hecho”. La tradición imperativista, que dio ori-

gen a la cuestión, sostenía la identidad entre “derecho” y “mandato del soberano”, pero se veía obligada a dejar fuera la mayor parte del mismo derecho positivo, o a reducirla sofisticadamente a mandatos. Kelsen mantuvo separados el “ser” del derecho —el hecho de su efectividad— y su carácter normativo —que esos hechos dieran lugar a normas— mediante la ficción de una norma básica; pero tuvo que reducir el derecho a coacción y muchos tipos de normas a uno solo. Finalmente, el “realismo jurídico” sacó las consecuencias del imperativismo y del mismo normativismo —también del kelseniano—, al negar, como hemos visto, toda normatividad real, y al identificar el derecho con multitud de hechos diversos (psicológicos, decisiones judiciales futuras, actos de fuerza estatal, etcétera).¹⁹

En síntesis, la pretensión de conocer un derecho que “está ahí”, como un “ser” separado de la finalidad práctica de discernir lo justo de lo injusto en las relaciones sociales, so pretexto de “objetividad científica” llevó a tantas teorías “objetivas” del derecho cuantas preconcepciones o decisiones voluntaristas ha habido sobre el concepto de derecho o sobre qué hechos conviene “describir” con independencia de valoraciones morales. De paso, la actividad diaria del foro, una actividad de adjudicación de cosas y acciones a personas, quedaba inexplicada. Es decir, la ciencia objetiva del derecho, que pretendía dar una explicación de la

¹⁹ Lo dicho se aplica al empirismo escandinavo y, bien que de modo diverso, al realismo americano. La complejidad del movimiento realista americano hace imposible su reducción a una sola idea, porque su afán de predecir va unido a la defensa de la “legislación” judicial como medio de reforma política. He resaltado deliberadamente el punto de continuidad con el “positivismo clásico”. Cfr. Aichele, G. J., *Legal Realism and Twentieth-Century American Jurisprudence*, New York, Garland Publishing, 1990, capítulo 5 (críticas al realismo) y pp. 99-103 (orígenes del nuevo hábito mental). La compatibilidad de Hart con el realismo americano —que él malinterpreta— es defendida por Taylor Jr., E. H., “H. L. A. Hart’s Concept of Law in the Perspective of American Realism”, *Modern Law Review* 35, 1972, 606-620. Lo mismo respecto del “realismo escandinavo” (al menos su propia versión) sostiene Ross, Alf, “Review of The Concept of Law”, *The Yale Law Journal* 71, 1962, 1190: “no existe... virtualmente ningún desacuerdo entre Hart y yo... estamos siguiendo la misma senda”.

realidad común a todos los juristas sin colapsar en una apelación a la variedad de sus concepciones morales del “deber”, termina presentando como “derecho que es” precisamente lo que ningún jurista reconoce en su experiencia del foro.

Parece confuso. El precio de clarificar “el derecho que es” separándolo de su finalidad moral, del derecho “que debe ser”, terminó por confundirlo todo. Espero haber contribuido modestamente a dejar claro que estamos confundidos.