

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

DIREITO, RAZÕES E RACIONALIDADE

A532

Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line]
organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado
Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-764-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5.
Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica.
9. Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de
Janeiro, RJ).

CDU: 34



UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

DIREITO, RAZÕES E RACIONALIDADE

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado “mundo latino”, com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate da racionalidade jurídica, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

Como a quantidade de trabalhos relativos ao grupo Direito, Razões e Racionalidade chegou à casa dos 40, a relatoria foi dividida entre Mariana Isern, professora adjunta de Filosofia do Direito da Universidad Nacional de Rosario e Diego Luna, professor adjunto de Filosofia do Direito e Direito Penal da Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires. Por uma limitação editorial, nesta publicação serão apresentadas apenas as questões e conclusões levantadas pela relatora e pelo relator sobre os trabalhos aprovados para o congresso. As relatorias completas, no entanto, se encontram na íntegra no site do evento com as avaliações pontuais sobre cada um dos artigos apresentados.

Mariana apresenta o seu trabalho em três eixos. O primeiro diz respeito à falta de respostas adequadas para novos problemas. “Al incorporar fenómenos que antes no eran alcanzados por el Derecho, conforme a los paradigmas empleados, se requiere una nueva perspectiva (sea biocéntrica, inclusiva, multicultural, transdisciplinar, etc.). Algunos proponen caminos que se podrían recorrer, otros sugieren el rescate o reinterpretación de autores clásicos, o vuelven a las fuentes, en otros casos; en tanto que hay algunos que alertan sobre las vías inapropiadas para pensar esas alternativas.”. Aqui encontram-se reunidos os trabalhos de

Diego Javier Duquelsky Gómez (Argentina), Jesús Vega López (Espanha), Maria Carolina Rodrigues Freitas (Brasil), Claudio Pedrosa Nunes (Brasil) e Juan Calvillo Hernandez (México).

Resumindo o que relata Mariana Isern, Diego Javier Duquelsky Gómez propõe a construção de um pensamento emancipatório radicalmente alternativo à racionalidade jurídica dominante. Jesús Vega López, sob uma perspectiva pós-positivista procura reconstruir as demarcações do Direito valendo-se das noções de entorno, contorno e dintorno apresentadas por José Ortega y Gasset e Gustavo Bueno. Maria Carolina Rodrigues Freitas aborda obsolescência da teoria do direito moderno na pós-modernidade. Claudio Pedrosa Nunes trabalha temas do direito processual à luz da doutrina medieval-tomista. Juan Calvillo Hernandez procura demonstrar que a metafísica, fortemente criticada por Hans Kelsen, tem sido recuperada pelo positivismo jurídico.

Um segundo eixo traçado por Mariana Isern, na relatoria, é marcado pela busca de opções para se pensar e repensar alternativas aos paradigmas atuais do Direito, sob os parâmetros antropocêntrico e biocêntrico da dignidade e do bem viver. Aqui encontram-se os trabalhos de Wallace Antonio Dias Silva (Brasil), Maren Guimarães Taborda e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (Brasil), Zabalza Alexandre (França), Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa (Brasil), Jesús Ignacio Delgado Rojas (Espanha) e Bruno Rabelo Coutinho Saraiva (Brasil).

Wallace Antonio Dias Silva estabelece uma alternativa integradora do bem viver latino-americano, sob uma perspectiva biocêntrica, propondo o cooperativismo como via superadora do problema da precarização do trabalho. Maren Guimarães Taborda e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, juntas, empregam o conceito de Stammler de um direito objetivamente justo a um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro sobre demarcação de terras indígenas, de forma a indagarem se é tarefa da justiça levar a cabo um ideal e em que grau. Para Alexandre Zabalza, a Terra ficou muito tempo alijada do conhecimento filosófico e demorou muito tempo para que entidades não humanas fossem dotadas de personalidade jurídica. Com base na literatura de Saint Exupéry, mostra que domar a natureza não significa conquistá-la, mas “domesticar”, no sentido de criar vínculos. Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa, no âmbito do “novo constitucionalismo latino-americano”, procura substituir o modelo antropocêntrico constitucional pelo biocêntrico, da dignidade. Jesús Ignacio Delgado Rojas recupera as ideias kantianas de dignidade e autonomia para enfrentar problemas atuais. Bruno Rabelo Coutinho Saraiva discute o Direito Natural, com ênfase na centralidade do ser humano.

No terceiro e último eixo, o relevo encontra-se na argumentação, especialmente, a legislativa. Com uma dose de graça, Mariana Isern destaca dos trabalhos: “Los ciudadanos no dormirían pacíficamente si supieran como se hacen las salchichas y las leyes.(...) Desde entonces, el sistema de producción de embutidos há evolucionado, siendo sometido (al menos en teoria) a estrictos estándares sanitários. La producción de leyes, por outra parte, sigue siendo llevada a cabo sin el método o la organización apropiados.”

Em torno da questão da racionalidade legislativa estão os trabalhos de Mariana Barbosa Cirne (Brasil) em coautoria com Tainá Junquilha (Brasil); de João Aurino de Melo Filho (Brasil); Francesco Ferraro (Itália); José Ribas Vieira em coautoria com Fernanda Lage Alves Dantes (Brasil) e o de José Eduardo Schuh (Brasil).

Mariana Barbosa Cirne e Tainá Junquilha percebem a crise legislativa como uma oportunidade dada ao jurista para aumentar a racionalidade no processo legislativo. Segundo João Aurino de Melo Filho, a Teoria do Direito falhou ao ignorar o processo legislativo. Francesco Ferraro, ao considerar que o legislador possui, na realidade, uma racionalidade limitada por fatores de ordem pessoal e institucional, explora os conceitos de sub-inclusão e sobre-inclusão de Nino e Nowak, passando por Wróblewski e Wittgenstein. José Ribas Vieira e Fernanda Lage Alves Dantes chamam a atenção para o diálogo entre as teorias jurídicas e as teorias sociológicas, no sentido de que o Direito pode servir de mecanismo para a transformação social. José Eduardo Schuh, segundo Mariana Isern, se propõe a comprovar a possibilidade do emprego de técnicas derivadas dos estudos da Economia do Comportamento na elaboração de normas legais, com o fim de aumentar a efetividade normativa e a eficácia social.

Com relação aos trabalhos sobre racionalidade judicial, a preocupação central está na formação jurídica dos encarregados de aplicar o Direito. Aqui se encontram os trabalhos de Zoraida García Castillo (México), Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba (Equador), Eduardo Ribeiro Moreira (Brasil), Valeria Lopez Vela (México) e Silvia Zorzetto (Itália).

Zoraida García Castillo trata da validade e confiabilidade dos resultados das provas científicas no processo, assim como a responsabilidade epistêmica do julgador ao realizar inferências sobre os fatos. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba trabalha o tema da igualdade, a partir da proporcionalidade e da analogia. Eduardo Ribeiro Moreira defende o direito constitucional comparado como técnica de interpretação. Silvia Zorzetto sustenta que a “pretensão de correção” é uma característica interna da prática jurídica e necessária à sua própria existência. Valeria Lopez Vela analisa a complexidade do conceito de dignidade a partir de sua aplicação pela Suprema Corte de Justiça do México.

Diego Luna, da Universidade de Buenos Aires, é o segundo relator do grupo “Direito, Razões e Racionalidade”. Dos 23 trabalhos que analisou, ele nos diz que:

“Un primer grupo de ponencias pone su atención en la racionalidad judicial, desde marcos teóricos que ponen el acento en los aspectos retóricos de la argumentación jurídica, el razonamiento silogístico, la creación judicial del derecho y un particular ejemplo, en este contexto, de decisiones contradictorias de tribunales superiores. Agrupo acá los trabajos de Elias Canal Freitas (Brasil), Pedro Parini Marques de Lima (Brasil), Maria Lucia de Paula Olivera (Brasil), Guilherme Gomes Vieira (Brasil) e João Paulo Rodrigues de Castro (Brasil). [...]

Otro conjunto de ponencias que aborda también el problema de la creación judicial del derecho, desde la perspectiva de la argumentación jurídica, pone el acento en las nociones de "derrotabilidad" y "derecho discutido" para dar cuenta de situaciones excepcionales para las reglas generales y el problema de su legitimidad, del control público de las decisiones, con una particular referencia al problema de los supuestos de aborto como ejemplo de situaciones semejantes. Reúno acá los trabajos de Claudia Roesler e Isaac Reis; Henrik Lopez Sterup; Mauricio Martins Reis y Alexandre Prevedello; Anizio Pires Gavião Filho y Alexandre Prevedello; y Marcelo Fernández Peralta. [...]

Un tercer conjunto de ponencias puede agruparse en torno de las perspectivas críticas que se ocupan en la teoría general y en la interpretación judicial del denominado giro decolonial, de los problemas de neoconstitucionalismo y el multiculturalismo e interculturalidad en la región latinoamericana, incluso desde perspectivas aparentemente disímiles como la hermenéutica y la filosofía del lenguaje. Se reúnen ahora las ponencias de Diogo Bacha e Silva; María Nazareth Vasques Mota y Carla Thomas; Dulce Alejandra Camacho Ortiz y Rina Pazos. [...]

En cuarto orden, pueden presentarse los trabajos que se estructuran en torno de las nociones de casos fáciles, difíciles y trágicos para presentar a partir de decisiones concretas de tribunales superiores o constitucionales de la región modos problemáticos del razonamiento judicial y los problemas de fundamentación que ellos conllevan cuando se acude a la denominada ponderación de principios y su difícil conciliación con la aplicación de reglas. Son las ponencias de Juan Bautista Etcheverry; Renato Rabbi-BaldiCabanillas y Renato do Espírito Santo Rodrigues y Claudia Toledo. [...]

En un quinto grupo de ponencias reúno cuatro ponencias que recuperan autores clásicos que se enmarcan tanto históricamente, como epistemológicamente en el debate iusnaturalismo vs.

iuspositivismo de mediados del siglo pasado (Ehrlich, Kelsen, Larenz, Radbruch) en el contexto de la segunda Guerra Mundial, el Régimen de la Alemania Nazi y el desafío epistemológico que supuso para la ciencia del derecho el juzgamiento de esos crímenes. Íntimamente relacionado con esa temática, dos ponencias se refieren al problema de la criminalización o la tolerancia de los denominados discursos de odio. Son los trabajos de José Raul Cubas Júnior y José Renato Gaziero Cella; Eduardo Javier Jourdan Markiewicz; Victor Medrado y Rafael Mello Ferreira y Marcelo Campos Galuppo. [...]

Por último, un par de ponencias relativas a dos asuntos que vinculan política y derecho en el ámbito particular brasileiro, aunque con repercusión regional y mundial: la discusión sobre la legitimidad y constitucionalidad del instituto del impeachment y el modelo de defensa pública gratuita, ambos contemplados en la Constitución de Brasil aunque con diversos recorridos y tradiciones históricas, políticas, jurídicas y filosóficas. Se trata de las ponencias de Margarida Maria Lacombe Camargo (Brasil) y Bernard dos Reis Alo (Brasil).”.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Vinícius Sado Rodrigues

Organizadores

DINTORNO, ENTORNO E CONTORNO: POR UMA REDEFINIÇÃO DOS LÍMITES DO DIREITO

DINTORNO, ENTORNO Y CONTORNO: PARA UNA REDEFINICIÓN DE LOS LÍMITES DEL DERECHO

Jesús Vega López

Resumo

O problema filosófico dos limites do direito experimentou uma grande revitalização nas últimas décadas como resultado da polêmica positivismo-pós-positivismo. O objetivo deste trabalho é mostrar a relevância e a utilidade - pelo menos em termos exploratórios e heurísticos - de que, para a reconstrução conceitual desse problema, e as respostas teóricas a ele, ele possa oferecer a tríplice distinção enunciada no título (dintorno, contorno, entorno) do significado dado a esses conceitos por dois filósofos espanhóis, José Ortega y Gasset e Gustavo Bueno.

Palavras-chave: Limites do direito, Dintorno, Entorno, Contorno, Positivismo jurídico, Pós-positivismo jurídico

Abstract/Resumen/Résumé

El problema filosófico de los límites del Derecho ha experimentado una gran revitalización en las últimas décadas a raíz de la polémica positivismo-postpositivismo. El propósito de este trabajo es mostrar la relevancia y utilidad —al menos en términos exploratorios y heurísticos— que para la reconstrucción conceptual de este problema, y de las respuestas teóricas al mismo, puede ofrecer la triple distinción enunciada en el título (entorno, contorno, dintorno) a partir del sentido dado a estos conceptos por dos filósofos españoles, José Ortega y Gasset y Gustavo Bueno.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Límites del derecho, Dintorno, Entorno, Contorno, Positivismo jurídico, Post-positivismo jurídico

Dintorno, entorno y contorno: para una redefinición de los límites del Derecho

Jesús Vega (Universidad de Alicante)

El problema filosófico de los límites del Derecho ha experimentado una gran revitalización en las últimas décadas a raíz de la polémica positivismo-postpositivismo. El propósito de este trabajo es mostrar la relevancia y utilidad —al menos en términos exploratorios y heurísticos— que para la reconstrucción conceptual de este problema, y de las respuestas teóricas al mismo, puede ofrecer la triple distinción enunciada en el título. Para ello comenzaré presentando esos tres conceptos —entorno, contorno, dintorno— tal como han sido usados por dos filósofos españoles, José Ortega y Gasset y Gustavo Bueno (I). A continuación (II), mostraré de qué modo este uso resulta pertinente para la discusión de la tesis positivista del carácter *negativo* de los límites del Derecho (básicamente, la tesis de la “separación” o “separabilidad”). La idea central es que la concepción iuspositivista yerra en su intento por entender los límites de lo jurídico, el contorno del Derecho, aislando o segregando su dintorno respecto de su entorno. En tercer lugar, sugeriré algunas líneas generales de crítica y reconstrucción del problema de la demarcación del Derecho desde una perspectiva postpositivista (III). La idea central es que ésta supone un giro o inversión de perspectiva conducente a considerar el dintorno del Derecho como *positivamente* conectado con su entorno sin por ello conducir a ninguna desdiferenciación, esto es, sin abandonar la tesis de que el Derecho posee contornos o límites definidos.

I.

Los tres conceptos en cuestión tal vez debieran ser llamados metáforas puesto que, especialmente el último de ellos (el concepto de dintorno) —los otros dos, entorno y contorno, son más comunes— suponen una traslación o generalización de significados provenientes de otros dominios: del campo del arte y en particular de las artes gráficas o pictóricas. Esta generalización es, sin embargo, una operación eminentemente filosófica que tiene importantes implicaciones tanto ontológicas como epistemológicas.

En el ámbito del arte, del dibujo o del diseño, el dintorno es la morfología que delimita las partes internas de una figura, el interior de una forma en la medida en que exhiba alguna configuración o textura propia. Hablamos sobre todo de figuras planas o bidimensionales (pensemos en la diferencia entre la silueta de una mariposa y su dintorno con nervaduras y colores), pero también de figuras tridimensionales (por ejemplo, las teselas de un mosaico).

Esta idea de que el dintorno es la estructura interna de una forma o configuración que, diferenciada de su perfil externo o contorno, separa a ésta del entorno (la palabra proviene del italiano *d'intorno*, “de entorno”) es el meollo de la redefinición filosófica de la noción de límite que aquí nos interesa. La cuestión es que el límite se nos aparece como algo que separa, una frontera o línea

demarcadora, pero también como algo que une y amalgama al configurar una morfología unitaria y diferenciada frente al exterior, y viene a constituir así, en definitiva, un límite también *positivo* y no sólo negativo: o, en todo caso, insinúa en tal límite la presencia de relaciones de mayor complejidad.

Ortega es el primer filósofo que avanza esta intuición y saca conclusiones al respecto. El filósofo madrileño se centra especialmente en el par contorno-dintorno:

“En rigor, todo perfil es doble, y la línea que lo dibuja es, más bien, sólo la frontera entre ambos. Si de la línea miramos hacia dentro de la figura, vemos una forma cerrada en sí misma, a lo que podemos llamar un dintorno. Si de la línea miramos hacia fuera, vemos un hueco limitado por el espacio infinito en derredor. A esto podemos llamar el contorno.”

Lo interesante es que Ortega introduce la distinción a propósito de la naturaleza de los fenómenos históricos. En concreto, el fragmento citado pertenece a un ensayo sobre el fascismo del año 1925 en el que conecta ambos conceptos del siguiente modo:

“Sin contorno no habría dintorno, y por esta razón no puede definirse claramente un fenómeno histórico, si, después de decir lo que él es, no añadimos lo que es su ambiente.” (Ortega, 1925, II: 498-9)

Ortega defiende, en primer lugar, que los límites de los fenómenos históricos y sociales no son rígidos o aristados sino “flotantes” o móviles, en la medida en que no vienen marcados sólo por su dintorno —digamos, por una estructura interna fija de los mismos— sino también por su contorno, por otros fenómenos externos o circundantes. Esta idea de que los límites son borrosos o difuminados la aplica también a otros contextos similares: al conocimiento práctico-vital, a la vaguedad semántica del lenguaje y también, por supuesto, al impresionismo como estilo pictórico¹. En segundo lugar, Ortega afirma que, tratándose de fenómenos de naturaleza histórico-social, no basta con describir o caracterizar su dintorno, sino que es necesario preguntarse además por las relaciones que mantiene con su contorno. Aquello que está fuera, o alrededor de, un cierto fenómeno histórico (o incluso *frente a* él), integrando su contorno, tiene que ser de algún modo incluido en la comprensión de su estructura interna, es decir, de su dintorno. De lo contrario, éste nos dará una perspectiva “superficial” o inesencial (“el cutis de lo social” o “lo que salta primero a la vista”, dirá en *España invertebrada* [Ortega, 1921: 93-4]). Sin contorno, pues, no se entiende el dintorno. Así, la aplicación de esta máxima al caso del fascismo como movimiento político viene a significar que su peculiaridad y anormalidad (basarse en la “legitimidad política de lo ilegítimo”, en la “ilegitimidad constituida, establecida”) debe comprenderse no sólo sobre lo aparente de su fuerza declarada (discursiva, social, política) cuanto

¹ “Al reparar en esto descubrimos que el saber científico es cerrado y firme, mientras que nuestro saber vital sobre los demás y sobre nosotros mismos es un saber abierto, nunca firme y de un dintorno flotante.” (Ortega, 1957: 186). “La palabra natural nos proyecta con prodigiosa eficacia sobre un círculo del mundo objetivo. El centro de ese círculo —por tanto, de la significación de la palabra— es clarísimo, pero su dintorno es flotante. Por esta razón la palabra nos *dice* muy bien algo, pero nos lo *define* o delimita muy mal y es ella misma indefinible” (Ortega, 1948: 16). “[E]l impresionismo [consiste] en negar la forma externa de las realidades y en reproducir su forma interna: la masa cromática interior (el dintorno).” (Ortega, 1923: 705).

además y especialmente sobre la circundante debilidad que ante él desplegaron el liberalismo y la democracia, favoreciendo el descrédito de las instituciones legítimas y con ello su ascenso al poder (“la fuerza de las camisas fascistas consiste más bien en el escepticismo de liberales y demócratas, en su falta de fe en el antiguo ideal, en su descamisamiento político”) (Ortega, 1925: 502-3).

Gustavo Bueno, por su parte, retoma los conceptos anteriores y mantiene su sentido básico pero perfilando con mayor precisión la diferencia entre entorno y contorno y las relaciones de ambos con el dintorno². Bueno parte de tomar estas nociones como una generalización ontológica referible a toda clase de entidades o “configuraciones activas”³, no sólo bidimensionales y tridimensionales sino tetradimensionales —es decir, que incluyen el tiempo—, tanto de carácter histórico-práctico como físico-natural, susceptibles de ser analizadas en términos de un triple orden de relaciones. Por un lado, las interacciones causales que median entre sus componentes, en virtud de las cuales se establecería su unidad objetiva o estructura interna: eso sería su *dintorno*. Por otro, las interacciones que a su vez mantienen con terceras entidades o configuraciones, pertenecientes éstas a su *entorno*, y en virtud de las cuales se produciría su diferenciación o demarcación respecto de éstas siempre que “pueda probarse que existe una diferencia o gradiente significativo” entre ambos planos. Por último, el *contorno* queda determinado a partir de las relaciones entre dintorno y entorno:

“El *dintorno* de un nódulo es el conjunto de las entidades que están en él englobadas. El *entorno* es el conjunto de todas las entidades que, no perteneciendo al nódulo, mantienen sin embargo con él interacciones constitutivas (acaso moleculares más que molares) y, en cada caso, significativas. El entorno, según esto, no es solamente el «envolvente exterior» o lugar (en el sentido aristotélico) de un nódulo, ni siquiera espacialmente, puesto que el entorno también puede «atravesar» o traspasar al nódulo (como el campo gravitatorio terrestre traspasa al cuerpo de un ave o un pez). El *contorno* es la frontera entre el entorno y el dintorno”.

II.

¿Qué relevancia filosófica ofrecen para nuestro campo —el Derecho— las distinciones anteriores? Como dije al principio, su utilidad principal estriba en servir de criterio para ordenar y reexponer concepciones del Derecho, para ensayar una rudimentaria teoría de teorías sobre el Derecho sobre todo en cuanto al asunto de sus límites, la principal idea filosófica con la que vamos a ocuparnos aquí. Es esta una idea compleja que remueve múltiples planos y perspectivas y afecta a un sinnúmero de problemas filosófico-jurídicos de importancia (podría decirse que a todos). Su pertinencia se evidencia ante la sola pregunta de en qué medida el Derecho constituye un círculo de realidad —una “categoría”— al que pueda considerarse delimitado por unas fronteras o confines definidos frente a otras regiones, y en qué términos ha de entenderse tal delimitación. Esto, en realidad, nos sitúa en

² Para lo que sigue, cf. García Sierra, 2018.

³ A estas configuraciones activas las llama “nódulos”, una idea ontológica general que se aplicaría “tanto a agregados como a organismos, tanto a configuraciones «compactas», fuertemente cohesionadas y duraderas, como a configuraciones tan efímeras (*una per accidens*) como pueda serlo una nube estival, tanto a configuraciones «individualizadas» y estables, dotadas de límites precisos y con «solución de continuidad», como a configuraciones de límites borrosos (como los que puedan corresponder al campo gravitatorio asociado a un cuerpo «masivo»).” (ibid.).

realidad *antes* de las concepciones del Derecho: lo que se discute es el propio “concepto” del Derecho, el problema de cuya definición (cometido tradicionalmente asignado a la filosofía y la teoría jurídicas) no es otro que el de su delimitación —el trazado de sus límites— como concepto más o menos “claro y distinto”, en virtud de criterios de unidad interna y de demarcación externa de los fenómenos jurídicos o lo que podemos llamar la categoría jurídica frente a otros fenómenos o categorías. Traducido a nuestros conceptos: en términos de las relaciones dintorno-entorno, de cuyo juego resulta el contorno del Derecho. El “análisis” del concepto del Derecho a la manera que se ha hecho habitual en la teoría del Derecho de las últimas décadas —especialmente en el marco de la discusión positivista— asume que el concepto, pese a su vaguedad intensional y extensional, cuenta con casos centrales o paradigmáticos que lo ejemplifican o realizan de modo indiscutido y ello presupone una estructura interna suficientemente bien articulada o definida (*dintorno*), al tiempo que los casos “fronterizos” o penumbrosos (las zonas de vaguedad, i.e. de oscuridad y confusión en sus notas o propiedades constitutivas) serían aquellos en las que ese dintorno se ve desdibujado y el Derecho tiende a desdiferenciarse de su *entorno* solapándose o confundiéndose con otras configuraciones presentes en éste (p. ej.: las relaciones de poder políticas inter-Estados en el Derecho internacional, la moral social en el Derecho consuetudinario, la religión en el Derecho canónico, la economía en el *soft law*, etc.), careciendo así de *contornos* nítidos.

Quizá resulte más interesante descender a los tipos concretos de límites que pueden ser relevantes a propósito del Derecho en cuanto configuración histórica o institucional. Se habla a veces de límites formales (p. ej., las leyes de la lógica o de las matemáticas, las medidas, etc.), de límites fácticos (límites naturales y límites sociales, que marcarían el ámbito de lo posible), de límites técnicos (lo factible) y de límites prácticos y normativos (límites morales o axiológicos, relativos a lo debido o justificado). En todos estos sentidos cabe referirse tanto a “límites-de” como a “límites-a”, es decir, tanto internos como externos: límites que el derecho impone a otras realidades o instituciones y límites que éstas oponen por su parte al Derecho. Pues bien, todos ellos pueden ser ordenados con arreglo a dos clases de implicaciones generales: ontológicas y epistemológicas.

Respecto a las primeras, las implicaciones ontológicas, la cuestión central es, por decirlo con la clásica expresión de Austin (1838) si el Derecho o la categoría jurídica *es* una “provincia determinada” o, en términos contemporáneos de Postema (1996) o Schauer (2004), un “dominio limitado”. La tesis de la autonomía del Derecho es, en efecto, una tesis nuclear —quizá la más nuclear— de la tradición iuspositivista. Una tesis que, en sí misma, debe considerarse indiscutible, incluso trivial (Raz), en la medida en que se solapa con la cuestión del concepto del Derecho. Lo objetable no es como tal la defensa de la autonomía del Derecho (su separación o distinción respecto de otras regiones ontológicas: de la sociedad, de la naturaleza, de la moral, de la política, de la

economía...), sino la manera específica en que esta tesis es formulada dentro del marco del positivismo. No se trata de si la esfera jurídica posee autonomía sino de cómo la posee y cuánta, en qué concretos términos se define tal autonomía. Lo cual, naturalmente, está en función de las premisas y compromisos que se mantengan acerca de los ingredientes ontológicos que estructuran internamente la categoría jurídica y le confieren unidad y diferenciación. Esta es la toma de posición que especifica verdaderamente a cada particular concepción del Derecho: en qué “estrato ontológico” se sitúa para considerar esencialmente *estructurada* la realidad jurídica. Y esta estratificación puede ser a su vez múltiple: puede tratarse, p. ej., de prácticas, reglas, principios, valores, conductas, convenciones, enunciados o proposiciones lingüísticas, estructuras de orden sociológico, económico, etc. El positivismo jurídico, como sabemos, es y ha sido un enfoque fundamentalmente *normativista*, tendente a la reducción del conjunto de la fenomenología jurídica a sus normas, y especialmente al tipo de normas que llamamos *reglas*. Una consecuencia directa de ello es que su manera de formular la tesis de la autonomía del Derecho es tributaria de una comprensión fundamentalmente *negativa* de los límites del Derecho. Es decir: una visión que conduce a remarcar los criterios de corte o los elementos de discontinuidad que dichas reglas (y su estructuración lógico-sistemática) establecen con respecto al “ámbito de lo no jurídico”, en el cual quedan segregados todos los demás ingredientes de la fenomenología jurídica.

En cuanto a las implicaciones epistemológicas, conciernen a las condiciones no de existencia o realidad del Derecho sino de *racionalidad*. Su autonomía depende ahora de que su *método* se afirme como propio, de que posea una “lógica interna” diferenciada, una sistematicidad inmanente, capaz de suponer limitaciones u ofrecer resistencias ante otras pautas de racionalidad o metodologías, en lugar de limitarse a recibir éstas sin especificación alguna. De nuevo, ello es un corolario directo de la concepción epistemológica que se asuma acerca del *status* de la “razón práctica” y sus relaciones con la “razón teórica”. Aquí aparece, ante todo, la distinción entre los puntos de vista “interno” y “externo”, cada uno de los cuales se despliega a su vez en un doble plano: a) empírico y b) justificativo. El primero de ellos involucra los límites naturales, sociales y técnicos a que antes nos referíamos y guarda relación con las pretensiones tanto descriptivas como explicativas de las ciencias (sobre todo sociales) y técnicas en relación con la categoría jurídica, su estructura conceptual y sus pautas de racionalidad normativa y práctica. El segundo plano se refiere a esferas también conexas pero además *envolventes* de la categoría jurídica que se mantienen en un plano de contigüidad con ella por tratarse de esferas también prácticas que se solapan e interfieren ampliamente con ella: básicamente la moral y la política. El Derecho, en efecto, es una categoría mediadora entre ambas orientada a resolver los conflictos morales (en términos de derechos) y reorganizar la cooperación política (en términos de poderes). La cuestión central en este orden de cosas es de qué modo estas diversas esferas de la razón práctica se

relacionan y limitan mutuamente (cuestión que también tiene un correlato ontológico). El positivismo jurídico, contra lo que pudiera parecer a primera vista, es una concepción *internalista* que afirma la prioridad del “punto de vista interno” entendido como el punto de vista de las normas jurídicas (de sus reglas), desconsiderando el punto de vista externo tanto en su versión empírica (científico-social) como en la justificativa (moral y política). Esta posición se manifiesta sobre todo en la tesis de la separación (o separabilidad), por cuanto supone un privilegio de los aspectos normativo-evaluativos internos al sistema jurídico, en detrimento de los externos (tesis a su vez de alcance ontológico).

A partir de lo anterior, la tesis nuclear positivista puede ser reformulada como la tesis de la *autonomía cerrada de la categoría jurídica*, que cabe desglosar en los siguientes cinco asertos: i) el dintorno del Derecho es exclusivamente normativo y se agota en reglas; ii) las reglas jurídicas operan como instancias únicas de demarcación frente a otras categorías en virtud de un “cierre”; iii) lo que hace que el dintorno normativo del Derecho se cierre sobre sí mismo y se vuelva autorreferente son sus propiedades de sistematicidad y logicidad (Friedman, 1978: 394ss); iv) todo otro componente práctico de la categoría jurídica —y en particular los elementos de orden teleológico y axiológico: fines y valores— es centrifugado al espacio “extrajurídico”; y v) el contorno del Derecho, que marca su diferenciación frente al entorno, queda trazado en términos de una desconexión o separación respecto de éste: como un límite negativo frente al espacio del no-Derecho, de todo lo que queda expulsado fuera de la categoría jurídica.

Veamos ahora cómo estas ideas forman un hilo común que recorre cada una de las tesis fundamentales del positivismo jurídico manteniéndose vigente a lo largo de los principales hitos de su ciclo histórico. Que el Derecho es un sistema clausurado y concluso es, no hace falta insistir en ello, una seña de identidad del *formalismo jurídico*, primer estadio del iuspositivismo. El “sistema maestro” integrado por las reglas autoritativas establecidas por el Estado como estándares públicos, que categorizan cursos ciertos de acción, estables, previsibles, provistos de formulación canónica, es el verdadero criterio de la categoricidad o positividad jurídica, aquello que permite trazar una “line of demarcation” (Austin 1832 [1995], *Lecture I*, 18) entre el Derecho positivo y otras esferas normativas. Son las mismas reglas que la escuela exegética francesa, tras la codificación napoleónica, convirtió en el centro de la racionalidad jurídica y que están igualmente tras las *Rechtssätze* o “proposiciones jurídicas” de la tradición germana (en la “metodología jurídica” de Savigny o la “teoría de la técnica jurídica” de Ihering) pero también las reglas cuya certeza y predecibilidad Bentham reivindicaba en *Of Laws in General* (1782) frente a las irracionales costumbres jurisprudenciales del *common law*. El Derecho se entiende como un armazón conformado por estas piezas elementales que son las reglas y organizado bajo el ideal racional de un sistema lógico-axiomático, incluyendo su aplicación práctica (ligada al modelo deductivo de la subsunción y el *modus ponens* desde el “silogismo perfecto” de

Beccaria). Se trata, por tanto, de una visión de indole *estructural*: el dintorno del Derecho, reducido a ese almacén o estructura normativa, aparece como “un sistema cerrado de instituciones y proposiciones jurídicas” (Wieacker, 1967: 433) que como tal se aísla de su entorno práctico. El dintorno jurídico queda separado: a) del contexto político (las autoridades de las que emanan las reglas, relegadas al espacio pre-jurídico), b) del contexto moral (que suministra las justificaciones de las mismas, también *per se* extrajurídicas) y c) del contexto social (cuyas prácticas figuran exclusivamente como un trasfondo sobre el cual se proyecta, a modo de estructura dada, el sistema maestro de reglas, o sea las intenciones del legislador, pero no propósitos ni intereses sociales, igualmente externos a lo jurídico). De ahí la idea de que el sistema jurídico se rige por una lógica inmanente que *sobredetermina* de modo absoluto su entorno práctico careciendo de lagunas o contradicciones internas y excluyendo o minimizando cualquier interpretación de vocación heterointegradora.

Ahora bien: esta impronta textualista, intencionalista y logicista del primer formalismo se mantendrá muy viva a lo largo de todo el ciclo iuspositivista. Si bien en sus fases posteriores tiende a debilitarse la tesis de la sobredeterminación, seguirá siendo medular en él la idea de que es el dintorno regulativo del sistema jurídico el que establece “desde dentro” el corte con su entorno, de tal manera que las reglas jurídicas demarcan negativamente, por segregación, el verdadero contorno o perímetro de la esfera del Derecho. Así, por ejemplo, en el normativismo posterior seguirá perfectamente vigente el modelo lógico-axiomático como ideal regulativo de racionalidad del Derecho (Alchourrón-Bulygin, 1971), inspirador de buena parte de la filosofía analítica del Derecho. Es cierto que se produce un notable giro pragmático, ya que las principales figuras del *mainstream* normativista —Kelsen y Hart— van a elaborar teorías del Derecho en las que se incorporan las prácticas de los operadores jurídicos al dintorno normativo del Derecho. Ahora el Derecho es visto, en efecto, como un “sistema de prácticas” y no sólo de normas: un “sistema dinámico” de decisiones sucesivamente escalonadas, en Kelsen, o un complejo de fenómenos de aceptación social de pautas de conducta en Hart. Esto lleva a una cierta apertura del dintorno del Derecho: las prácticas que producen y aplican las reglas jurídicas sobrepasan siempre a éstas y las vuelven parcialmente *indeterminadas*. Sin embargo, esta tendencia hacia la práctica contextual se ve contrarrestada (no sin numerosas tensiones e inconsistencias conceptuales) por una tendencia tenaz a conservar, como clave de bóveda conceptual de sus respectivas teorías, la tesis del cierre normativo del Derecho en torno al sistema de reglas.

Que el dintorno cerrado del Derecho en torno a sus reglas es el genuino criterio de autonomía de la categoría jurídica resulta muy patente en Kelsen y Hart. Así como en el primero la pretensión de pureza (*Reinheit*) implica la supresión de los elementos extrajurídicos de orden fáctico (psicológicos, sociológicos) y normativo (éticos y políticos) tal que permita cerrar sobre sí mismas las cadenas de validez intrajurídicas (*omnis norma ex norma*) hasta culminar en una última regla garante de la unidad

del Derecho (la *Grundnorm*), en el segundo la tesis de la separación comporta cortar abruptamente con el entorno *social* (para la existencia del sistema jurídico sólo es relevante la aceptación de los operadores jurídicos, mientras que los agentes sociales figuran como simples puntos de aplicación de las normas: como sujetos a quienes se les imponen verticalmente y cuya praxis queda fuera del Derecho) y, sobre todo, cortar con su entorno *moral* (pues esa aceptación queda vaciada de razones justificativas y de cualquier elemento de moralidad crítica, nivelándose a razones meramente instrumentales: justamente el error que Hart detectaba en Austin o el realismo), de modo que la práctica jurídica queda convertida en una convención meramente fáctica clausurada por una regla última (la *rule of recognition*) que de nuevo opera de modo circular (puesto que se trataba de explicar esa regla por las prácticas, y no a la inversa [cf. Kulver-Giudice, 2010: Cap. 1]). La brecha entre el “Derecho que es” (el sistema de reglas dotado de esa base convencional) y el “Derecho que debe ser” (los ideales críticos político-morales) queda apuntalada simultáneamente, de un lado, por una epistemología descriptivista-internalista, que excluye el punto de vista externo concentrándose en las normas como “hechos” aislados derivados de fuentes sociales reconocibles (es decir, exclusivamente del hecho de haber sido establecidas, al margen de su contenido o corrección), y de otro, por una ontología de corte estructural que tiende a cerrar y autosostener estas reglas sobre sí mismas blindando su insularidad y validez mediante lo que muy bien podría llamarse una “estrategia Münchhausen”.

El esquema se reproduce sin variación en el positivismo excluyente de Raz (seguido de cerca por Shapiro, Leiter, Bix y otros) y su abrupta dicotomía entre el sistema jurídico y la práctica jurídica: entre el *contenido* del Derecho, identificable en exclusiva por referencia al dintorno de reglas autoritativas (compárese la raziana “pretensión de autoridad” de las reglas jurídicas con la “pretensión de corrección” de Alexy, o la idea de “autoridad legítima” de Nino, vueltas en cambio hacia el entorno) y el *razonamiento jurídico*, que queda situado en rigor *fuera* del Derecho establecido (es a lo sumo Derecho pro-positivo: una práctica ya no *jurídica* sino moral o política [Raz, 1994: 311ss., 333; 1979: 114]). Ya sucedía esto en la tesis hartiana de la discreción: la “textura abierta” de las reglas comporta aquella “zona de penumbra” en la que se hace necesario incorporar contenidos prácticos externos a la regla por parte del juez (Hart 1994: 124ss.), esto es, que remite al entorno del Derecho. Sin embargo, estos contenidos externos (propósitos, fines y valores) precisamente ya no formarían parte del Derecho, sino que quedan segregados de él. Los límites del Derecho se superponen con los límites de la zona de claridad de las reglas, o sea, el contorno marcado por las razones que éstas portan en tanto manifestadas directa o indirectamente en su textualidad (por tanto, según la intención legislativa), mientras que todo lo que vaya más allá de este dintorno normativo queda desterrado al espacio moral o social extrajurídico. Con lo cual lo que inicialmente parecía ser una ampliación o apertura práctica de las reglas termina siendo en realidad un estrechamiento (tal como se ve bien en el debate Hart-

Fuller en torno a si las reglas incluyen o no sus propósitos prácticos latentes). La penumbra no forma parte en rigor del Derecho, ni tampoco la práctica decisoria que la determina y completa discrecionalmente: pues el juez no actúa aquí como operador jurídico, sino que es libre y no está *limitado* por el ordenamiento, es un sujeto moral ordinario, y, por tanto su razonamiento práctico, aunque vaya a conformar el Derecho *que será*, no forma parte del Derecho *dado*. No resulta tan evidente, pues, que el Derecho sea una esfera parcialmente indeterminada por presentar una “zona de apertura” o fronteriza, que posea límites “flotantes”. El contorno del Derecho o de la categoría jurídica sigue siendo más un límite nítido y lineal, un límite *negativo* que lo clausura y cierra, que un contorno borroso. Como en el formalismo previo, el Derecho permanece fundamentalmente demarcado por sus reglas en cuanto dispositivos estructurales que *sobredeterminan* (aún por medios fundamentalmente lógico-deductivos: la subsunción o *modus ponens*) los casos regulados o “casos fáciles”. El dintorno o estructura de Derecho se considera todavía gotado en este mecanismo: la tesis del cierre se mantiene incólume. De ahí los importantes elementos de formalismo que aún arrastra, como un pesado lastre, el positivismo normativista posthartiano, perceptibles sobre todo en su sesgo logicista a la hora de entender la racionalidad de las reglas jurídicas, vistas como “generalizaciones atrincheradas” (Schauer, 1991), razones “opacas”, “excluyentes”, “independientes de contenido” o “perentorias” (Hart 1982: 243ss.; Raz 1975, 1979), “cerradas”...: es decir, como instrumentos encaminados a acotar y blindar el dominio jurídico y su espacio propio de justificación o validez como un “muro de contención” frente a los juicios de valor y los principios morales provenientes del entorno. Sólo cuando las reglas presenten “intersticios” (Hart), tales juicios de valor serán inevitables y entonces, “cuando el Derecho se agota” ha de tener lugar la “intrusión” de las consideraciones morales y políticas dentro del dominio limitado del Derecho (como dice literalmente Schauer [2004: 1942]). Se ve bien cómo estas imágenes transmiten la funcionalidad puramente negativa operada por los límites internos del Derecho en tanto impuestos por su dintorno cerrado de reglas.

Pero lo mismo seguirá sucediendo, a fin de cuentas, en la versión actualmente más extendida del positivismo —que recibe diversos nombres: “incorporacionismo” (Coleman), “positivismo incluyente” (Waluchow) o el “positivismo blando” que el propio Hart (dándole, dicho sea de paso, finalmente la razón a Fuller) abrazó en el *Postscriptum* (1994: 250ss.) como última respuesta al ataque dworkiniano contra el “modelo de reglas”. El blanco de este ataque era precisamente, en nuestros términos, la pretensión de que el dintorno del Derecho pudiera agotarse exclusivamente en reglas, que éstas fueran aptas para contener y encerrar por sí solas toda la esfera de lo jurídico. De hecho, la respuesta unánime de los positivistas hartianos (Lyons, Soper, Coleman, Kramer, Waluchow, MacCormick...) no fue sino reafirmar la función de cierre demarcador del Derecho frente al no-Derecho desempeñada por las reglas, en un último intento por salvar esa configuración cerrada del

dintorno jurídico como criterio central de la autonomía del Derecho. Para lo cual creyó suficiente conceder que el perímetro del cierre debía ensancharse lo suficiente como para que la regla de reconocimiento “incorporase” los valores de la moralidad por vía de los principios para así suplir las indeterminaciones de las reglas. Este aparente giro, sin embargo, en realidad concede por un lado demasiado poco, ya que tal postulada conexión dintorno-entorno se postula puramente fáctica y convencional, contingente y no necesaria; y, por otro, viene a conceder demasiado, pues *cualquier* moralidad social podría entonces ser acogida como parte de la convención, lo que tiene consecuencias enteramente disolventes en relación con los límites o contornos del Derecho. Por ello, como ha sido señalado en muchas ocasiones, la estrategia inclusivista resulta autodestructiva y supone más bien reconocer el fracaso de la idea del cierre del dintorno del Derecho sobre su armazón de reglas como base sobre la que fundar la tesis de la separación (algo similar sucede con el llamado “positivismo normativo”, aunque no hay espacio aquí para argumentar esto). Esta visión permanece fuertemente lastrada por una comprensión de la demarcación y la autonomía del Derecho cuyo criterio central y dominante —la “separabilidad” del Derecho, frente a la “incorporabilidad”— sigue siendo fundamentalmente *negativo* (cf. Coleman, 1982; Postema, 1996). De aquí nace la ya aludida vena escéptica que termina en realidad socavando desde dentro la pretensión positivista de que el Derecho sea un dominio dotado de límites nítidamente reconocibles. Pues vaciarlo de valor y presentarlo como un nudo “hecho social” acaba mostrando ese dominio, por el contrario, como completamente *abierto* a su entorno, tal como llegarán a sostener, en su pendular reflejo antiformalista, las concepciones realistas o críticas, para las cuales las reglas del dintorno jurídico se vuelven máximamente maleables y sobredeterminadas ahora por prácticas y estructuras extrajurídicas pertenecientes a su entorno socioeconómico o político. Hay, sin embargo, otras importantes razones filosóficas de fondo para cuestionar esta conceptualización negativa de la idea de límite que subyace a la tradición positivista.

III.

En efecto, esta idea remarca únicamente los elementos de limitación, de terminación, de solución de continuidad, que nos presentan al límite como “puramente lineal”, en palabras de Trías (1991: 15ss.; 1999: 248ss.). Es la noción que, según este mismo autor, hemos heredado de la ilustración y la modernidad. Con el antecedente griego del límite como “término” (*horos*) y del *horismós* platónico que establece una escisión entre el mundo de las ideas y el de los fenómenos⁴, será popularizada por Kant en su tesis del carácter limitado del conocimiento humano a la esfera sensible o fenómeno⁵, una

⁴ *Parménides*, 129e.

⁵ Kant (1993 [1763]: 350ss.) diferencia, como se sabe, entre “límites” (*Grenzen*) y “confines” (*Shranken*) del conocimiento, definidos éstos últimos por el contorno de lo nouménico (según la famosa imagen de la isla circundada por un inmenso e ignoto océano de la *Crítica de la razón pura*).

tesis —la de los “límites de la razón”— que tuvo gran predicamento en la Viena finisecular, y fue trasladada por el Wittgenstein del *Tractatus* al plano del lenguaje (Janik-Toulmin: 1998: 51ss., 186ss., 283ss.). Es, pues, la idea de un límite *interno*, formulado exclusivamente “desde dentro” y de ahí su significación fundamentalmente negativa (y su trasfondo escéptico). Se establece como contorno dado entre una realidad (lo conocido o lo significativo: diríamos, el dintorno) y la negación de su entorno (lo nouménico incognoscible o “aquello de lo que no puede hablarse”). Pero aquí reside justamente el problema: que establecer el contorno no es posible sin introducir también algún esquema de relación positiva con el entorno, es decir, trazándolo “desde fuera”. En otros términos: el entorno —y no sólo el dintorno— es también un *fundamento* conformador del contorno (del límite).

Así, como sugestivamente nos recuerda Trías (1991: Cap. 1), el límite no es ninguna “frontera” en el sentido de una simple valla o muro de contención, sino un entramado de relaciones mucho más complejo. El *limes* romano no se agota en una línea o una superficie vertical (una muralla o cercado) sino que es en realidad un *espacio* o una *franja*, una zona de transacción, negociación e intercambio y, por ello, bien mirada, un límite de naturaleza mucho más precaria o flotante de lo que la engañosa plasticidad de la imagen lineal de una divisoria tajante entre el “fuera” y el “dentro” induce a creer⁶. El límite se operacionaliza, mostrándose como un contorno *dinámico*, no estático, cuya densidad o espesor es una función del complejo de interacciones entre dintorno y contorno (en el caso del *limes*, del “triple cerco” de relaciones entre los romanos, los bárbaros y los *limitanei* que viven en el sector fronterizo), o sea, de un permanente movimiento de progreso-regreso entre el “dentro” y el “fuera” —entre las perspectivas y contextos interno y externo— en cuyos términos se establecen los nexos relevantes de *continuidad* (y no sólo de discontinuidad) que lo configuran como tal contorno.

Pues bien: una complejización semejante del significado de la idea de límite es la que vienen a plantear críticamente las concepciones postpositivistas en relación con los límites del Derecho. En su

⁶ Así, por ejemplo, Reviel Netz (2013: 13) hace un uso muy eficaz de esta imagen cuando ve uno de los rasgos cruciales de la historia humana en el trazado de líneas sobre la superficie de la tierra: “Con una línea cerrada —es decir, una curva que encierra una figura— y con el impedimento del movimiento desde el exterior de la línea hacia su interior obtenemos la idea de propiedad. Con la misma línea, y con el impedimento del movimiento desde el interior hacia el exterior, obtenemos la idea de cárcel. Con una línea abierta —es decir, una curva que no encierra una figura— y con el impedimento del movimiento en ambas direcciones tenemos la idea de frontera. Propiedades, cárceles, fronteras, es mediante el impedimento del movimiento que el espacio entra en la historia”. Sin embargo, para mostrar hasta qué punto esta imagen es simplificadora, bastaría con evocar las llamadas “devoluciones en caliente” tan lamentablemente de actualidad en las fronteras europeas. No se trata, por supuesto, de cuestionar el elemento negativo de limitación, impedimento u obstáculo que supone una frontera (algo casi obscuro en estos tiempos de concertinas y muros). Se trata de reinterpretarlo sin hipóstasis frecuentemente propicias a idealizaciones (como que el límite sea un corte “absoluto”) o falsos dilemas (como que cuestionar que el límite sea solo negativo equivalga a la negación del límite). Lo verdaderamente absurdo sería un muro o una cárcel que impidieran *absolutamente* la salida o la entrada al entorno. Un cierre total de fronteras supone o bien una frontera muerta (como en la famosa novela de Buzzati, *El desierto de los tártaros*) o bien una política de bloqueo que pese a todo generará prácticas de entrada ilegal explotadas por mafias. El recinto de una cárcel que no permitiera *nunca* la salida (la libertad y la rehabilitación) se convertiría en realidad en una tumba (a condena debe ser *limitada* y de ahí las dificultades para justificar la condena perpetua o la pena de muerte). El límite como “línea” metafóricamente basada en la discontinuidad o separación absoluta entre el “dentro” y el “fuera” es un concepto límite, una abstracción que idealiza lo que en realidad es un lugar de mediación de múltiples y complejas relaciones dintorno-entorno. Esta idealización apela, por ejemplo, a los límites matemáticos o astronómicos (las líneas imaginarias trazadas sobre la base de paralelos y meridianos). En ese sentido corre el riesgo permanente de incurrir en la variedad de falacia que Vaz Ferreira llamaba de falsa precisión.

impugnación de la tesis positivista de la autonomía del Derecho a partir del “cierre” o insularización de su dintorno normativo, de su “armadura de reglas” que lo blindo y protege frente al entorno (por usar una expresión de Bobbio [1980: 364]), el postpositivismo no niega que la existencia de discontinuidades sea un rasgo *necesario* para dar cuenta de la diferenciación del Derecho y la singularidad de su marco categorial propio. Lo que rechaza es la “ideología de la separación” (Atienza, 2017: 281ss.) con que el positivismo, desde su perspectiva puramente estructural e internalista, acompaña esa aseveración. No puede haber en rigor tal separación del Derecho con respecto a su entorno, sino *diferenciación* o *disociación*. El límite o contorno del Derecho no sólo queda acotado como resultado de la discontinuidad o desconexión que separa a su dintorno del entorno, sino también por efecto de la dinámica de continuidad que *necesariamente* comunica ambos entre sí, y en virtud de la cual el entorno, al tiempo que se mantiene en el exterior, “traspasa” o “atraviesa” el dintorno del Derecho haciéndose presente en su interior, sin por ello —y aquí radica el meollo de la cuestión— confundirse con éste ni borrar la diferenciación entre ambos. Esto significa que *también* desde el entorno, desde el punto de vista externo, tienen que poder ser mostrados los elementos de discontinuidad o segregación de aquello que no traspasa al interior (al dintorno). No cabe interrumpir la circulación de ida y vuelta entre ambos. La dimensión negativa del límite se redefine así desde la continuidad entre dintorno y entorno, en función del complejo de límites internos y externos (límites *de* y *al* Derecho) que perfilan el contorno como lugar de mediación resultante. La continuidad, en suma, es tan esencial para entender la diferenciación normativa e institucional del Derecho como la discontinuidad. El *continuum* dintorno-entorno pasa a erigirse en elemento nuclear de la noción de límite o contorno. Tal es, por ejemplo, la idea central recogida por el principio del *sinequismo* de Peirce (2012: 6.173, 7.565ss.) —de *syneches*, continuo— que algunos autores críticos del positivismo, como Postema (2015: 893), reivindican metodológicamente para el campo de la filosofía jurídica.

Este giro conceptual en torno a los límites del Derecho viene posibilitado, ante todo, por una nueva comprensión de la categoría jurídica en su conjunto que es una marca distintiva de los enfoques post-positivistas (señaladamente, y por ese orden, de las concepciones de Dworkin, Nino, Atienza y Alexy). Me refiero a la visión del Derecho como una práctica social orientada a la consecución de ciertos fines y valores. El post-positivismo, en efecto, reúne a un conjunto de teorías de naturaleza diversa que convergen en este rasgo: ampliar o ensanchar considerablemente los contornos de la categoría jurídica, frente al positivismo, a partir de la tesis de la continuidad práctica del dintorno del Derecho con respecto a su entorno. Ello supone un cambio sustancial en la manera de concebir ambos: el dintorno, que ya no es una estructura “cerrada” en torno a las reglas del Derecho como instancias excluyentes de demarcación, y el entorno, que es un espacio envolvente político-moral y socio-económico que interfiere en muchos puntos con el anterior determinando su morfología. Estos cambios

están directamente ligados al hecho histórico de la construcción del Estado constitucional (la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos occidentales) que ha supuesto efectivamente una transformación del dintorno del Derecho (desde el Estado legal basado en reglas o leyes al Estado constitucional basado en reglas más principios o derechos fundamentales) como resultado de una penetración en él mucho mayor —y metódicamente más explícita— del entorno moral, político y social, con la consecuencia del referido ensanche y “densificación” de sus contornos, y su consiguiente apertura. Este hecho es el que han elevado a teoría los enfoques post-positivistas desarrollados desde el último tercio del siglo XX. Recorramos, para concluir, algunos de sus puntos más sobresalientes.

Conforme a esta nueva aproximación, de corte ya no estructural sino funcional, el dintorno del Derecho aparece como una *praxis*: un complejo de prácticas concatenadas entre sí a lo largo de un proceso en marcha. La estructuración lógico-sistemática de su aparato de reglas constituye una dimensión *interna* al curso de ese proceso, un artefacto para la reproducción de esas prácticas. Éstas poseen una naturaleza *aliorrelativa* y apuntan necesariamente al entorno, que constituye él mismo un conglomerado de prácticas: sociales, políticas, morales, económicas,... que codeterminan a su vez las prácticas jurídicas (en tanto precisan traducirse y codificarse en forma de reglas jurídicas). De modo que la práctica jurídica es siempre *transitiva* por cuanto obtiene los estados de cosas, fines y valores que la movilizan de otras prácticas envolventes y se orienta *ad extra* de la categoría jurídica desempeñando funciones mediadoras e instrumentales (dimensión funcional que hace aflorar asimismo la perspectiva del Derecho como *institución* o complejo de instituciones). El contorno del Derecho, que demarca sus límites, es entonces una función de las relaciones que median entre ambas clases de prácticas: las que configuran el dintorno y las pertenecientes al entorno.

Los límites de la categoría jurídica son entonces dependientes de una multiplicidad de variables. Por un lado, debe reconocerse la dimensión *dual* de la práctica jurídica: su anclaje social (que la pone en continuidad con los sistemas e instituciones sociales y sus respectivos sistemas de intereses) y su dimensión justificativa (que hace lo propio con prácticas morales y política envolventes y los valores críticos en ellas presupuestos) (Alexy, 2016; Nino, 1994). El concepto del Derecho no es sólo “doctrinal” sino también “sociológico” y “aspiracional” (Dworkin, 2006: Cap. I). El contorno del Derecho es práctico y *argumentativo*, combinando la argumentación jurídica un triple frente: “formal”, “material” y “pragmático” (Atienza, 2006). No cae, pues, privilegiar como criterio diferenciador del Derecho el “análisis puramente doctrinal” o “formalista” (Bix, 2003: 986), porque en él es preciso incorporar también la perspectiva pragmática o teleológica (eficacia, fines y planes de acción) y, sobre todo, como en última instancia prevalente, la perspectiva *material* desde la cual las anteriores se presentan como *justificadas* (Atienza, 2013). Por otro lado, está la variable de la diversificación interna de las prácticas que conforman el dintorno jurídico. Éste no es homogéneo sino que se integra por

prácticas funcionalmente diversas (básicamente: prácticas legislativas, aplicativas, doctrinales y profesionales) cada una de las cuales se relaciona de maneras igualmente diversas *entre sí y con su entorno*. Habría múltiples puntos de conexión o continuidad dintorno-entorno, en razón de la mayor orientación que cada subinstitución jurídica muestre hacia el entorno (como sucede con las prácticas legislativas, más extrasistemáticas) o hacia el dintorno (como sucede con las prácticas aplicativas, más intrasistemáticas). Pero la continuidad es siempre de ida y vuelta entre ambos, dintorno y entorno, de modo que no cabe plantear la autonomía del Derecho como institución —como práctica institucionalizada— en términos de cierre o clausura de su dintorno (“involucionado” éste completamente, por así decir, sobre su sistema de reglas, al modo positivista, de acuerdo con su tesis de las reglas como límites negativos de carácter formal). Las reglas, por el contrario, constituyen puntos de cristalización de fines sociales y valores de corrección de carácter material situados en el entorno del Derecho, y por eso reenvían siempre a éste (tanto en las instancias legislativas como aplicativas) sin dejar de actuar al tiempo como razones “formales” o autoritativas. Y la continuidad excluye también, por el mismo motivo, la total apertura del dintorno al entorno (“diluido” aquél ahora en las prácticas circundantes, sin mediación institucional o formal alguna, al modo de los realistas, los críticos, los iusnaturalistas o los neoconstitucionalistas). Más bien el contorno jurídico se articula a base de un sistema complejo de límites internos y límites externos que actúan en ambas direcciones y donde no únicamente entran en juego limitaciones en sentido *obstativo* o negativo de dentro a fuera (contra lo que sostiene la tesis de la separación), sino también de fuera a dentro: contextos externos de tipo justificativo y explicativo-causal funcionan como límites negativos en este sentido, según reflejan conocidos conceptos tales como el “coto vedado” (Garzón Valdés), “la esfera de lo indecible” (Ferrajoli), el “contenido mínimo de derecho natural” (Hart), la “cláusula Radbruch” (Alexy), etc. Tal dimensión negativa de los límites forma parte de una función más amplia de carácter positivo que puede llamarse *conformadora*, y que viene desempeñada por los *procedimientos* jurídicos (legislativos y aplicativos) que operan como mallas o filtros selectivos interpuestos entre las prácticas jurídicas y las prácticas limítrofes con las que están destinadas a comunicarse. Es a través de tales procedimientos como se institucionalizan los ideales ético-políticos y los objetivos sociales (los derechos y las políticas, y el conjunto de reglas en que ambos se concretan) en los procesos de producción y de aplicación normativa. Los límites de la categoría jurídica se diferencian al mismo tiempo desde dentro, en sus términos de sus propios fines intrínsecos e institucionales, y desde fuera, a partir de un medio exógeno de horizontes axiológicos y propósitos sociales (y también de estándares recibidos de otros sistemas normativos). Esta diferenciación práctica respecto del trasfondo social, político, moral (respecto del “discurso práctico general”) no es incompatible con que los legisladores, orientados al entorno, deban actuar desde la estructura “formal” del dintorno (principios, reglas y prácticas

establecidas), ni con que los jueces, orientados a estabilizar expectativas desde la aplicación formal-substantiva de reglas, deban también maximizar la corrección y adecuación de éstas a fines y valores desde una perspectiva holística o de “integridad” (Dworkin, 1986) que persigue las “mejores lecturas” provenientes del entorno político-moral. Lo que para el positivismo queda segregado fuera del Derecho (de su dintorno) es, en suma, para el post-positivismo el Derecho en su nivel *post-interpretativo* (conexo con su entorno). Pero creer que esto último sólo reporta déficits —la “jerarquía móvil”, la indeterminación, la moralización, la incerteza, la discreción fuerte...— y no también ventajas es olvidar que un contorno “flexible” o “flotante” no equivale a la ausencia de límites. Una comprensión tal no profundizaría más allá de lo “superficial” o, parafraseando a Ortega, del “cutis” de lo jurídico.

Bibliografía

- ALEXY, R. (2016): *La doble naturaleza del Derecho*, Madrid: Trotta.
- ATIENZA, M. (2006): *El Derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel.
- (2013): *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.
- (2017): *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid: Trotta.
- AUSTIN, J. (1832): *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. W. R. Rumble, Cambridge UP, 1995.
- BIX, B. (2003): “Law as an Autonomous Discipline”, en Cane, P./Tushnet, M. (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, N. York: Oxford UP, 975-987.
- BOBBIO, N. (1980): *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia: F. Torres.
- COLEMAN, J.L. (1982): “Negative and Positive Positivism”, *Journal of Legal Studies*, 11/1: 139-164.
- CULVER, K./GIUDICE, M. (2010): *Legality’s Borders. An Essay in General Jurisprudence*, N. York: Oxford UP.
- DWORKIN, R. (1986): *Law’s Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard UP.
- (2006): *Justice in Robes*, Cambridge, Mass.: Harvard UP.
- FRIEDMAN, L.M. (1978): *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna: Il Mulino.
- GARCÍA SIERRA, P. (2018): *Diccionario filosófico. Manual de materialismo filosófico: una introducción analítica* (1ª ed. 1999), disponible en www.filosofia.org/filomat/ [fecha de consulta 12-2-2018].
- HART, H.L.A. (1994): *The Concept of Law* [1961], 2ª ed., Oxford: Clarendon Press.
- JANIK, A./TOULMIN, S. (1998): *La Viena de Wittgenstein* [1973], Madrid: Taurus.
- KANT, I. (1999): *Prolegómenos a toda metafísica futura que haya de poder presentarse como ciencia* [1763], ed. M. Caimi, Madrid: Istmo.
- NETZ, R. (2013), *Alambre de púas. Una ecología de la modernidad*, Buenos Aires: Eudeba.
- NINO, C.S (1994): *Derecho, moral y política*, Barcelona: Ariel.
- ORTEGA Y GASSET, J.: *España invertebrada. Bosquejos de algunos pensamientos históricos* [1921], en *Obras Completas*, Madrid: Revista de Occidente 1963-66 (2ª ed.), vol. III, pp. 35-128.
- “Tiempo, distancia y forma en el arte de Proust” [1923], en *Obras Completas*, Madrid, Revista de Occidente, 1965 (2ª ed.), vol. II, pp. 701-709.
- “Sobre el fascismo” [1925], *Obras Completas*, cit., vol. II, pp. 493-505.
- “Prospecto del Instituto de Humanidades” [1948], *Obras Completas*, cit., vol. VII, pp. 9-24.
- “El hombre y la gente” [1957], *Obras Completas*, cit., vol. VII, pp. 69-269.
- PEIRCE, Ch. S (2012), *Collected Papers*, ed. K.L. Ketner, Lubbock: Texas Tech University, disponible en www.pragmatism.net [fecha de consulta 2-3-2018].
- POSTEMA, G.J. (1996): “Law’s Autonomy and Public Practical Reason”, en R.P. George (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, N. York: Oxford UP, pp. 79-118.
- (2015): “Jurisprudence, the Sociable Science”, *Virginia Law Review*, 101/4: 869-901.
- RAZ, J. (1975): *Practical Reason and Norms*, London: Hutchinson.
- (1979): *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- (1994): *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Oxford University Press.
- SCHAUER, F. (1991): *Playing by the Rules*, Oxford: Oxford University Press.
- (2004): “The Limited Domain of the Law”, *Virginia Law Review*, 90: 1909-1956.
- TRÍAS, E. (1991): *Lógica del límite*, Barcelona, Destino.
- (1999): *La razón fronteriza*, Barcelona: Destino.
- WIEACKER, F. (1967): *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed., Göttingen: Vandenhoeck and Ruprecht.