

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE METODOLOGÍA EN TEORÍA DEL DERECHO

Brian Bix¹

University of Minnesota

I. Introducción

Durante gran parte del siglo veinte, desde los tiempos de los realistas americanos hasta los trabajos de H.L.A. Hart, los más importantes trabajos en teoría del derecho fueron escritos por juristas², que tenían algún interés y, quizás, algún adiestramiento básico en filosofía. Más recientemente, muchos, tal vez la mayoría, de quienes trabajan en teoría jurídica en el mundo Anglosajón tienen doctorados en filosofía o algún otro adiestramiento filosófico significativo. Por ello, es poco sorprendente que se haya producido una mayor sofisticación en el arsenal teórico con el que enfrentamos los tópicos en teoría del derecho y se dedique más atención a las cuestiones de metodología en filosofía.

La filosofía del derecho es una categoría amplia, y la porción que me interesa analizar cuenta con una larga tradición, pero es un área que, sin

¹ Frederick W. Thomas Professor of Law and Philosophy, University of Minnesota.

Una versión de este trabajo fue presentada en el Congreso Internacional: Problemas Contemporáneos de la Filosofía del Derecho, UNAM, Julio 2003. Estoy agradecido a Pablo Navarro y otros participantes del Congreso de la UNAM por sus comentarios y sugerencias. Parte del material de este trabajo deriva de , o es paralelo a, otros de mis trabajos que han sido recientemente publicados o que están en prensa: "Legal Positivism," en *Blackwell Guide to the Philosophy of Law* (en prensa, William A. Edmundson & Martin Golding, eds., Oxford: Blackwell, 2004); "Raz on Necessity," *Law and Philosophy* (en prensa, 2003); "Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy?," 16 *Ratio Juris* 281 (2003); Comentario de libro (al libro de Julie Dickson, *Evaluation and Legal Theory*), 28 *Australian Journal of Legal Philosophy* 231 (2003); y "Will versus Reason: Truth in Natural Law, Positive Law, and Legal Theory" en *Truth* (en prensa, Kurt Pritzl, ed., Washington, D.C.: The Catholic University of America Press, 2004).

² En este trabajo, "Teoría jurídica" ha de entenderse en sentido limitado, y se refiere a las elaboraciones teóricas abstractas acerca de la naturaleza del derecho, la naturaleza de los conceptos jurídicos particulares, el razonamiento jurídico, etc. No se refiere a las teorías intermedias usadas para defender y reconstruir áreas de doctrinas en sistemas jurídicos particulares

embargo, aun parece inusual a la mayoría de los lectores de las revistas jurídicas Americanas, y es escasamente comprendida por muchos académicos. Me concentraré en la teoría analítica del derecho, y dentro de los enfoques analíticos, en las teorías acerca de la naturaleza del derecho. La teoría analítica del derecho ofrece un análisis de la naturaleza básica del derecho y de los conceptos jurídicos (e.g. “derechos”, “deberes”) en contraste con la motivación que subyace a las discusiones sobre cuestiones jurídicas que ha predominado en tiempos clásicos y en trabajos más recientes: analizar al derecho como un foro para la discusión de cuestiones morales acerca de cómo deben actuar los individuos (e.g. las respuestas adecuadas a normas inmorales, o la cuestión de cómo deben los legisladores mejorar el derecho).

Este trabajo ofrece una revisión de temas metodológicos conectados con teorías acerca de la naturaleza del derecho, y es importante notar desde un principio en qué medida estas cuestiones metodológicas en las teorías analíticas difieren de las preocupaciones metodológicas que enfrentan las teorías críticas (acerca de cómo mejorar el derecho), o teorías sociológicas o históricas (relativas a las causas y efectos de las normas jurídicas). Con cuestiones concernientes a, digamos, el comportamiento judicial, los aspectos metodológicos son los familiares dentro de las ciencias sociales, e.g. en qué medida la perspectiva de los participantes debe estar incorporada en nuestro análisis de las acciones sociales, si la mejor explicación es la que se concentra en el nivel de los individuos o de la estructura, la medida en que la percepción de los participantes puede o debe ser incorporada en los análisis de la causalidad, etc. (e.g., Lucy, 1999, pp. 17-32). Para enfatizar lo obvio: las teorías que pretenden describir o explicar la naturaleza del derecho parecen hacer algo bastante diferente del estándar de las teorías de las ciencias sociales (y diferente de las teorías de las ciencias físicas).

La discusión subsiguiente se concentra sobre las cuestiones metodológicas básicas que son presupuestas en las afirmaciones de las teorías analíticas acerca de la naturaleza del derecho, y las posibles críticas de estas posiciones, particularmente aquellas relacionadas con el papel de la teoría general del derecho y el análisis conceptual. De manera adicional, al final, habrá una breve discusión de tópicos relacionados con el debate entre positivismo jurídico y teorías del derecho natural, la teoría del derecho de Kelsen, y el problema de la verdad en el derecho.

2. Objetivos

¿Qué esperamos *que hagan* las teorías acerca de la naturaleza del derecho? ¿Cómo podemos distinguir buenas teorías de malas teorías? No podemos contrastar las teorías acerca de la naturaleza del derecho del mismo modo en que contrastamos las teorías científicas: preparando experimentos

controlados con el fin de observar si ocurren los eventos que la teoría ha predicho. Ni podemos aplicar el test de teorías históricas: evaluando las teorías por su adecuación con hechos del pasado. Tampoco los enfoques convencionales de verificación o falsificación sirven para las teorías acerca de la naturaleza del derecho, porque tales teorías no intentan ser (meramente) teorías empíricas, sino más bien tienen pretensiones conceptuales, pretensiones acerca de lo que es “esencial” para el concepto (o “nuestro” concepto) de “derecho”.

Una buena teoría acerca de la naturaleza del derecho (o la naturaleza de cualquier otro concepto o práctica) *explica*. Una buena teoría sería aquella que nos dice algo significativo –que dice algo interesante acerca de la categoría del fenómeno que llamamos “derecho”. Aun si son pretensiones que no puedan ser verificadas o falsadas, es posible aun sentir que una teoría nos proporciona o no una revelación acerca de la práctica o fenómeno que antes no teníamos. Una teoría que ofrece decirnos algo acerca de la “naturaleza del derecho” necesita, por supuesto, reflejar, en una proporción sustancial, el modo en que los ciudadanos y los juristas perciben y practican el derecho –debe “ajustarse” a nuestras prácticas jurídicas, pero este ajuste no necesita ser perfecto. Sin embargo, desviaciones significativas de la comprensión que los participantes tienen de una práctica deben justificarse mediante alguna revelación que se ofrezca. Esto se relaciona con un segundo punto: una teoría debe ofrecer algo más que un ajuste descriptivo general – debe también decirnos algo acerca de las prácticas que aun participantes normales en esta práctica podrían ser incapaces de articular, pero que ellos reconocerían cuando son advertidos de la teoría.

Estos son tal vez estándares vagos, pero no es claro que una “explicación” o el papel de una teoría general pudiesen ser reducidos a términos más precisos, una vez que se comprende que la hemos separado de las ataduras más concretas de la predicción o la simple falsabilidad.

3. Teoría general, análisis conceptual y “necesidad”

Las referencias a teorías acerca de la naturaleza del derecho implícitamente asumen que tiene sentido hablar de una teoría *general* del derecho (por contraposición a una teoría de un sistema jurídico particular o un grupo de sistemas jurídicos, o investigaciones históricas o sociológicas ligadas a un sistema particular o grupo de sistemas). Este presupuesto no es obvio o indisputable. Esta pregunta es a menudo equiparada con o transformada en otra –acerca de si tiene sentido hablar de “el concepto de derecho” o la “naturaleza esencial del derecho”. (Hay aspectos del debate acerca de la posibilidad de una teoría general del derecho que están completamente abarcados

por las discusiones acerca de la “necesidad” y el análisis conceptual”; estos serán abordados más tarde en este trabajo).

Las referencias a propiedades “necesarias” o “esenciales” fueron tradicionales en la filosofía clásica. Sin embargo, para las sensibilidades modernas, tales referencias parecen fuera de lugar, al menos cuando se discute una práctica social o institución. Hablar de necesidad suena a Ideas Platónicas abstractas y eternas, pero si las prácticas jurídicas y las instituciones son productos humanos, ¿no podemos definir las de la manera que queramos? Y si “derecho” es sólo lo que decimos que es, parece haber poco espacio para la clase de análisis conceptual que Joseph Raz y H.L.A. Hart, y muchos otros teóricos analíticos del derecho, han intentado proporcionar.

¿Hay un lugar para la “necesidad” en las discusiones acerca del derecho? Algunos filósofos han argumentado a favor de la “necesidad” en la definición de algunos términos, en aquellos casos que esos términos denoten alguna categoría cuyos límites están establecidos por lo que podría considerarse “el mundo tal como es”. Estos términos son “clases naturales” como “agua” y “oro”, y el debate en la literatura, al menos inicialmente, estuvo destinado a la cuestión de si la referencia de los términos de esta clase está determinada por las creencias de los individuos acerca de la naturaleza de los objetos o por el mundo tal cuál es³. Cualquiera sea el mérito del análisis de “clases naturales” para términos que se refieren a entidades naturales o físicas, su aplicabilidad a instituciones humanas y prácticas sociales parecería ser mucho más problemática. “Oro” puede ser una categoría cuyos límites están establecidos por el mundo, y su esencia establecida por la mejor teoría científica que dispongamos. Hay, sin embargo, poca razón para pensar que un enfoque similar podría servir para “baseball” o “derecho”. ¿De qué manera “el mundo” podría decirnos cómo limitar lo que cuenta y lo que no cuenta como “derecho”? y ¿qué significaría tener una “teoría científica” de la naturaleza del derecho?⁴

Otra analogía en la literatura filosófica puede provenir de la idea de Saul Kripke (Kripke 1972) de designadores rígidos: que de manera contrafáctica, los términos singulares tendrían la misma referencia en todo mundo posible. Nuevamente, mientras este análisis podría ser persuasivo respecto a nombres propios, sería extraño, por así decirlo, su aplicación a prácticas sociales

³ Véase, en general, Putnam (1975). Para un análisis crítico de los intentos de aplicar teorías de “clases naturales” al derecho, véase Bix (1993, pp. 157-173).

⁴ Michael Moore (1998, p. 312) sugiere que la teoría de H. L. A. Hart podría verse como *implicando* algo análogo –“así como hay “clases naturales” en el mundo natural, también hay “clases sociales” en el mundo social, y el derecho es una de ellas– pero esto todavía nos deja la pregunta de que significaría que existen “clases sociales”

o instituciones sociales como el derecho⁵. En el contexto de teorías acerca de la naturaleza del derecho, y respecto al uso de “necesidad” en tales discusiones, las teorías Kripke-Putnam acerca de la referencia y la semántica no parecen ser útiles, excepto tal vez por una amplia analogía.⁶

3A. *Análisis conceptual y teoría del derecho*

Una respuesta posible en este momento sería: “Por supuesto, una discusión de teoría general del derecho acerca de la naturaleza del derecho no es un análisis de aquello que es lógicamente necesario, o de una clase natural. Es un análisis *conceptual*, y cualquier pretensión de “necesidad” o “esencia” es el que está involucrado en la investigación de conceptos”.⁷ El análisis filosófico de conceptos es, por supuesto, poco novedoso. Por ejemplo, hubo un extenso debate acerca de si el conocimiento debía ser definido como “creencia justificada verdadera” (Gettier, 1963). Los filósofos frecuentemente creen que pueden analizar de manera adecuada nuestros conceptos, y, al menos algunas veces, determinar sus atributos esenciales (y accidentales)⁸ De igual manera, el análisis conceptual no es tampoco nuevo en teoría general del derecho: el texto inglés que podría considerarse como más importante en teoría del derecho en el último siglo expresa en su título que se trata de un estudio *sobre un concepto*, i.e. *El Concepto de Derecho* de H.L.A. Hart.⁹

⁵ Las posiciones de Kripke y Putnam pueden aceptarse a un nivel más general, que el significado tiene una dimensión social, y no es individualista (no está “en la mente”), aun cuando no se acepte que el “mundo” determina el significado de nuestros conceptos. Raz (1998, pp. 262-64 & n. 26). La relevancia de esta “posición de compromiso” para el presente análisis se hará clara más adelante en este trabajo.

También deben destacarse los recientes intentos de Nicos Stavropoulos para fundamentar la objetividad de la interpretación jurídica, en un análisis que es comparable a la semántica de Kripke-Putnam.. Stavropoulos (1996).

⁶ Véase arriba n. 4.

⁷ Por supuesto, cuando los filósofos clásicos escribían acerca de propiedades esenciales y accidentales, ellos se referían a las propiedades esenciales y accidentales de las *cosas*, y no de los *conceptos*. Véase, e.g. Aristóteles, “Metafísica,” libro VII, ch. 4 (Aristotle, 1984, pp. 1625-27).

Cae fuera del alcance de este trabajo la cuestión de si el análisis conceptual debe darse en la línea de términos “necesarios” o “esenciales” – si todos los conceptos tienen esa estructura, o pueden analizarse de ese modo, o si sólo pueden analizarse en términos de, digamos, casos paradigmáticos. Para nuestros propósitos es suficiente que *algunos* conceptos puedan ser analizados de esa manera. La cuestión de si “derecho” es mejor analizado de este modo puede ser abordada sin resolver la cuestión de si *todos* los conceptos tienen que analizarse de esta manera.

⁸ Raz (1998, p. 273 & n. 38), donde Raz distingue “aquellos rasgos del derecho que son generales, i.e., compartidos por todos los sistemas jurídicos” y “los rasgos esenciales del derecho, que son características sin las que no serían derecho”

⁹ Hart (1994); también Raz (1980) (*The Concept of a Legal System*).

Sin embargo, podría preguntarse, ¿por qué debemos estudiar el *concepto* en lugar de estudiar la *cosa misma* (la práctica, el tipo de institución)? Esta parece ser similar a una respuesta que un empiricista (o anti-intelectual) puede dar a filósofos abiertamente abstractos, poco prácticos. A *este* nivel, la respuesta apropiada es que el análisis conceptual es prioritario – no podemos estudiar derecho a menos que conozcamos *qué significamos por “derecho”*¹⁰. Alguien podría insistir en que el análisis apropiado del derecho –una institución social– es mediante la teoría social. El derecho es un conjunto de prácticas sociales, continuaría el argumento, así que su naturaleza es descubierta, mediante una investigación de las prácticas que tenemos y no a través de reflexiones ociosas (más adelante abordaré con detalle este punto). Sin embargo, debe notarse que la sugerencia acerca de una investigación puramente empírica/sociológica sería vulnerable al argumento antes ofrecido: ¿cómo podemos tener “una teoría sociológica del derecho” si no tenemos antes una noción genérica de lo que es y lo que no es “derecho”?¹¹

Hay, por tanto, un sentido en el que un trabajo conceptual *debe* ser prioritario sobre un trabajo empírico¹². Cuando nos interesamos por los límites de una categoría, lo que hace que algo sea “derecho” o no lo sea, no estamos preguntando nada acerca de unas instituciones en particular, e.g. acerca de los orígenes históricos del razonamiento jurídico en el sistema jurídico inglés, o las prácticas interpretativas de los jueces americanos en la construcción de la interpretación de las leyes. Las cuestiones acerca de prácticas institucionales específicas serían investigaciones de teoría social, que requieren una combinación de modelos, observación y análisis estadístico. Sin embargo, como se ha mencionado antes, la discusión más general acerca de la naturaleza del derecho, si existe algún lugar para tal discusión, no es una investigación empírica *comparable*.¹³

¹⁰ Véase, e.g., Jackson (2000, pp. 30-31); cf. Coleman (2002, pp. 3473-51) (que ofrece una respuesta similar a la crítica naturalista del análisis conceptual).

¹¹ Una respuesta posible es que mientras una noción previa de “derecho” es necesaria antes de comenzar otro trabajo (empírico), simples intuiciones y patrones de uso lingüístico serían suficiente para ese objetivo. Ningún análisis conceptual *denso* es necesario (o posible, podría añadir algún comentarista) (Leiter, 2002).

¹² Sin embargo, hay también un sentido en el que los teóricos que hacen análisis conceptual debe deferir al modo en que el mundo es, al menos en aquellos casos en los que el teórico está investigando un concepto que *ya existe*. La cuestión sería diferente si estuviésemos proponiendo un *nuevo* concepto o categoría, y considerásemos qué afirmaciones empíricas podrían hacerse acerca de ese concepto. (Raz, 1994, p. 221).

¹³ Nada de esto es una afirmación de que la investigación sociológica debe estar subordinada al análisis conceptual. El hecho de que tenemos un sentido genérico de (e.g.) lo que es y lo que no es “derecho” no significa que las teorías sociales tengan que ser construidas sobre categorías que se remitan a ese concepto.

Podría señalarse que si fuese un error tratar de fundamentar una teoría acerca de la naturaleza del derecho *únicamente* sobre bases empíricas o sociológicas, sin referencia al análisis conceptual, también sería un error basar tal teoría sólo en el análisis conceptual, sin referencia a verdades empíricas y sociológicas (e.g. Tamanaha, 1997; 2000; 2001, pp. 1-32). En verdad, ¿qué sentido o valor tendría un “concepto de ‘derecho’” que no tuviese relación alguna con las prácticas que asociamos a nuestros sistemas jurídicos? La opinión de Raz (Raz, 1996, pp. 5-6) es que el concepto de Derecho está basado sobre percepciones y autoconocimiento de los individuos –autoconocimiento que, a su vez, se puede suponer que refleja las prácticas sociales que ayudan a constituir la institución social. La conexión entre análisis conceptual y verdades empíricas será discutida más adelante.

3B. Parecido de familia

Ludwig Wittgenstein (1958, §§ 65-68) introdujo la famosa noción de “parecido de familia” como una abreviatura para señalar que algunos conceptos y categorías (Wittgenstein usó los ejemplos de “lenguaje”, “juego” y “número”) no pueden ser comprendidos en términos de condiciones necesarias y suficientes, sino más bien mediante un variedad de criterios diferentes y superpuestos (Glock, 1996, pp. 120-124). Wittgenstein no afirmaba que *todos* los conceptos fuesen conceptos de parecido de familia, sino únicamente que algunos lo eran, y, por consiguiente, sería erróneo asumir que siempre habría condiciones necesarias y suficientes para cualquier concepto (Glock, 1996, pp. 123-124).

Una serie de escritores ha sugerido que “derecho” *podría* ser un concepto de parecido de familia, con ejemplificaciones que no tienen rasgos comunes –y por ello ninguna característica “necesaria” (Burton, 1985, pp. 1979-80; Lyons, 1983a, p. 259). Hart mismo sugirió (Hart, 1994, pp. 279-280) que la noción de “parecido de familia” podría ser particularmente relevante para los términos jurídicos, y él señaló ya en *El Concepto de Derecho* (Hart 1994, pp. 15-16) que “derecho” podría ser mejor entendido de esa manera, aunque más adelante, en el mismo libro, él ofrece lo que parece ser un conjunto de condiciones necesarias y suficientes para ese término (Hart, 1994, p. 81)

Debe notarse que, dado que nadie sostiene que *todos* los conceptos son de parecido de familia, aun si se acepta que *algunos* conceptos lo son, el análisis y la discusión debe desarrollarse concepto por concepto. Una manera de “rechazar” que “derecho” sea un concepto de parecido de familia es proporcionar un análisis en términos de condiciones necesarias y suficientes, como Raz y otros intentaron hacer. Si el análisis es exitoso, entonces

ello es suficiente para mostrar que “derecho” no es un concepto de parecido de familia.¹⁴

3C. La conexión con la práctica y el número de conceptos

Decir que el análisis conceptual está conectado con la experiencia conduce razonablemente a la pregunta –sorprendentemente difícil– de cuál es la conexión.¹⁵ Raz (1998, pp. 280.281) sugiere lo siguiente:

“El concepto de derecho es un producto histórico, que cambia a lo largo de los años, y el concepto tal como lo poseemos es más reciente que la institución a la que se refiere

...

Pero el concepto de derecho no es un producto de la teoría jurídica. Es un concepto que evolucionó históricamente, bajo la influencia de la práctica jurídica y otras influencias culturales, incluyendo a la influencia de la teoría del derecho contemporánea”.

En otras palabras, el concepto contemporáneo de derecho es diferente del de algunas generaciones o siglos pasados. Esto, a su vez, genera la pregunta acerca de la cantidad de conceptos de derecho (¿Más de uno a lo largo del tiempo?, ¿Más de uno en cualquier momento?), y su naturaleza local o universal.

Cuando analizamos el concepto “derecho”, el modificador que ponemos en la descripción puede ser crucial. ¿Describimos, como ocurre en el título del libro de H.L.A. Hart, *El Concepto de derecho*, implicando que hay (y siempre ha habido) un único concepto? ¿O estamos simplemente ofreciendo “un concepto de derecho”, implicando que esta es únicamente una posibilidad entre muchas otras?¹⁶ Además, si es un concepto entre varios (y, en este sentido, “contingente”, no “necesario”), es la focalización sobre este concepto algo no arbitrario? –esto es, ¿hay alguna buena razón por la que debemos atender a *este* concepto antes que a otro? Por ejemplo, ¿podría argumentarse que prestamos atención a este concepto en particular entre otras posibilidades porque este es “*nuestro* concepto de derecho”?– que aunque sea contingente, en el sentido de que hay otros conceptos de derecho, ¿éste es el que se ajusta a las prácticas lingüísticas de nuestra comunidad o al autoconocimiento general?

¹⁴ Por supuesto, lo contrario no es el caso: el fracaso de una análisis particular en términos de condiciones necesarias y suficientes no prueba que “derecho” es un concepto de parecido de familia, aunque puede servir para arrojar dudas en ese sentido.

¹⁵ Discuto este tema en Bix (2000).

¹⁶ Alguna vez se ha sugerido que los dos libros, *The Concept of Law* (Hart, 1994) y *A Theory of Justice* (Rawls, 1999), podría haber intercambiado provechosamente los artículos.

Jules Coleman, en un trabajo reciente (1998^a, p.393 n. 59) ha defendido un análisis en términos de “*nuestro* concepto de derecho”, ligando esta posición a una noción más bien deflacionaria de necesidad.

“El proyecto descriptivo de la teoría general del derecho es identificar los rasgos esenciales o necesarios de *nuestro* concepto de derecho. Ningún filósofo analítico serio... cree que el concepto prevaleciente de derecho es necesario en algún sentido: que ningún otro concepto es lógicamente posible o posible en algún otro sentido. Ni tampoco se cree que nuestro concepto de derecho no pueda ser revisado. Por el contrario. La tecnología puede algún día requerirnos la revisión de nuestro concepto en diversos modos. Aún así, hay una diferencia entre sostener que un concepto particular es necesario y afirmar que hay rasgos necesarios de un concepto que se acepta como contingente”.¹⁷

De manera similar, Raz escribe acerca de un concepto de derecho que parece ser al mismo tiempo contingente y necesario (o, en su terminología algo diferente, “local” y “universal” (Raz, 1996, 1-7)). Según Raz: (1) *nosotros* tenemos un concepto de derecho; (2) que está basado en nuestro autoconocimiento de la sociedad; y (3) que nuestro concepto de derecho ha cambiado en el transcurso del tiempo en respuesta a los cambios en las actitudes, prácticas, instituciones y, también de las teorías filosóficas. (Raz, 1996; 1998; 2004)

Veamos más atentamente las nociones que emplea Raz en su análisis. Raz no es un Platonista, y por consiguiente no cree que el concepto de derecho es alguna idea platónica eterna, que sería la misma para todos los individuos o para todos los tiempos.¹⁸ Por tanto, es natural sospechar que el concepto que investigamos es “nuestro concepto”, “el producto de una cultura específica” (Raz, 1996, p. 5)

Mientras el concepto de derecho ha cambiado en el tiempo –no se trata de una Idea inmutable que “descubrimos”– Raz trata el/nuestro concepto de

¹⁷ Mientras no estoy completamente seguro de lo que Coleman quiere decir con su idea de que la tecnología requiere revisión de un/nuestro concepto, la noción de un concepto contingente, por sí misma, parece comprensible.

Además de advertir cuán similar es la posición de Coleman a la de Raz, podría añadirse la idea de Raz (1998, p. 273 & n.38), que es aún importante ser capaz de distinguir los rasgos de los sistemas jurídicos, incluso los rasgos de cualquier sistema jurídico, de las características “esenciales o necesarias” que hacen que esos sistemas sean “jurídicos”.

¹⁸ Contrástese con los comentarios de Cicerón sobre el “derecho natural”: “El verdadero derecho es recta razón en acuerdo con la naturaleza; es de aplicación universal, inmutable y perenne... Y no habrá diferente derecho en Roma y en Atenas, o leyes diferentes ahora y en el futuro, sino uno eterno, y un derecho inmutable será válido para todos los tiempos y naciones...” Marco Tulio Cicerón, “The Republic,” Book III, xxii (Cicerón, 1928, p. 211). No deseo decir que la visión de Cicerón acerca de un derecho ideal, o de un estándar eterno para evaluar moralmente cualquier derecho positivo, es lo mismo que un análisis conceptual moderno de “derecho”. Uso el lenguaje de Cicerón solo para ejemplificar una visión de algo que no cambia en el tiempo y es independiente de la experiencia.

derecho como algo único, una cuestión acerca de la que podemos acertar o fallar en nuestras descripciones, y que no podemos simplemente reinventar según nuestros propios propósitos (a pesar de que él advierte que, dado que el concepto de derecho cambia, nuestras teorías del derecho, aún las equivocadas, pueden influenciar en el concepto de derecho que tienen las generaciones futuras (Raz, 1996, p. 7)). De manera similar, Raz rechaza la noción de que nosotros (como teóricos) podamos elegir un concepto de derecho basado en, digamos, la utilidad para nuestras investigaciones,¹⁹ o según su simplicidad o elegancia (Raz, 2004); más bien este concepto ya está presente, ya forma parte de nuestro autoconocimiento. Raz se refiere repetidamente a “*el* concepto de derecho” que “*existe independientemente*” de la filosofía jurídica, que pretende explicarlo (Raz, 1998, pp. 280-281, énfasis añadido), y “*la* naturaleza del derecho” que las teorías generales del derecho deben elucidar (Raz, 1998, p. 2, énfasis añadido; véase también Raz, 2004).

Cuando estos aspectos de la concepción de Raz son combinados, ellos resultan en una posición que podría parecer problemática por dos razones. Primero, según el análisis de Raz, el concepto puede aplicarse a sociedades que no tienen o no han tenido el concepto.²⁰ Raz enfatiza que nada radical se sigue o es presupuesto por esta posición: sólo que algunas maneras de articular nuestra comprensión de nosotros mismos se desarrolla lentamente, al igual que los conceptos para comprender culturas extranjeras (tal comprensión requiere el desarrollo de conceptos que nos permitan relacionar la comprensión que esas culturas tienen de sus prácticas con nuestra comprensión de nuestras propias prácticas) (Raz, 1998, pp. 4-5). Como Raz señala, no parecemos preocupados por este tipo de análisis en otros campos: por ejemplo, podemos hablar de la “calidad de vida” de una sociedad que existió mucho tiempo antes de que el concepto se hubiese articulado (Raz, 2004).

¹⁹ Véase, e.g., Raz (1994, p. 221):

“[S]ería erróneo concluir ... que se juzga el éxito de un análisis del concepto de derecho por su utilidad teórica sociológica. Hacer eso, es pasar por alto el punto que, a diferencia de “masa” o “electrón”, “derecho es un concepto usado por la gente para comprenderse ellos mismos. No somos libres de elegir cualquier concepto útil. Una de las principales tareas de la teoría jurídica es contribuir a la comprensión de la sociedad, ayudándonos a entender como la gente se entiende a sí misma”.

Entre los que parece estar en contra de elegir conceptos de acuerdo a su utilidad, véase, e.g., Leiter (1998); Lyons (1983b, pp. 57-59); Tamanaha (2000, pp. 283-288). (En un trabajo anterior (Bix, 1999b, pp. 9-28), Yo también parecía suscribir esos puntos de vista, pero era y soy más agnóstico en este tema que lo que ese texto puede implicar)

²⁰ Véase, e.g., Raz (1998, p. 4) (“el concepto de derecho mismo es un producto de una cultura específica, un concepto que no está disponible a miembros de culturas anteriores que, de hecho, vivieron bajo un sistema jurídico”)

El segundo problema es uno que puede parecer más difícil de superar: la manera en que Raz combina las referencias a la “necesidad” con la contingencia histórica. Esto puede resultar confuso, dadas las conexiones, mencionadas anteriormente, dentro del discurso filosófico normal entre “necesidad” y “el modo en que las cosas deben ser” o “el modo en que las cosas deben ser en todo mundo posible”. La “necesidad” en un análisis conceptual –al menos en el de Raz– es de un tipo más “suave”, por decirlo de alguna manera. Sólo significa que esas son conexiones internas al concepto en cuestión (e.g., ser un sistema jurídico es pretender status dotado de autoridad), un concepto que es contingente y puede estar ligado a una comunidad particular en un determinado período. Y, tal vez, una noción más Wittgensteniana (o Hegeliana), una necesidad relativa a una sociedad y a un tiempo o “modo de vida”.

3D. Nominalismo y Pluralismo

Como se ha discutido antes, hay una fuerte conexión entre el punto de vista de que se debe ofrecer un análisis conceptual del derecho y el punto de vista de que la teoría general del derecho es tanto posible como valiosa. Sin embargo, como veremos en las próximas secciones, puede impugnarse lo primero y seguir manteniendo lo segundo.

Algunos teóricos sostienen que no existe un único concepto de derecho, o al menos que ninguno debe tener prioridad sobre todos los otros. Este enfoque es bien presentado por el siguiente comentario de Tamanaha:

El proyecto de elaborar un concepto científico de derecho estaba basado en la creencia equivocada de que el derecho abarca una categoría fundamental. Por el contrario, el derecho es completamente una construcción cultural, que carece de naturaleza universal. El derecho *es* aquello a lo que le atribuimos el nombre *derecho*.

Esto puede ser visto como un ataque nominalista a la teoría conceptual: “derecho” no es una categoría (natural o de otro tipo), “derecho” es lo que deseamos que eso sea; así, es un extraño ejercicio, por decirlo de alguna manera, preguntar acerca de la “naturaleza” o “naturaleza esencial” de algo que hemos construido (y que podría construirse de otra manera si lo decidiésemos). Tal vez la teoría del derecho puede sólo ser, en una frase usada por un comentarista, “una conjunción de lexicografía e historia local, o ... una yuxtaposición de todas las lexicografías y todas las historias locales”.²¹

Una respuesta a este tipo de nominalismo (aunque más modesta o minimalista de la que Raz ofrecería) es que no es necesario postular una suerte

²¹ Finnis (1980, p. 4). Por supuesto, la posición de Finnis es que la teoría del derecho *es* más que es mera conjunción Véase, *id.* pp. 3-18.

de agrupamiento metafísico para justificar teorizar acerca de conceptos. Aunque sea arbitraria la inclusión o exclusión de algunos temas en nuestra categoría de “derecho”, si hay algo interesante que puede decirse acerca de todos los temas (y tal vez solamente de ellos) de esa categoría, el proceso de hacer teoría sería valioso (Bix, 2000, p. 231) (Se podría atacar desde otra dirección, como hizo Frederick Schauer (1994), y sugerir que tal vez exista un único concepto de “derecho”, pero que nada interesante puede decirse acerca de él²²)

El punto anterior podría invertirse: no que deba haber categorías más o menos arbitrarias, acerca de las cuales puede haber algo interesante o no para decir, sino más bien que debemos “construir” o “seleccionar” las categorías que tengan las mejores consecuencias prácticas.²³ Frederick Schauer, de manera controvertible, asocia esa posición con la de H.L.A. Hart y Lon Fuller: “Fuller y Hart aparecen igualmente comprometidos con la creencia de que dar cuenta de la naturaleza del derecho no es tanto una cuestión de descubrimiento como una construcción normativamente guiada, de tal manera que la mejor manera de dar cuenta de la naturaleza del derecho es aquella que puede servir a objetivos normativos más profundos”. [Schauer, 1994, p. 209 (se omite la nota al pie)]²⁴

3E. Dudas acerca de la teoría general del derecho

En los trabajos de Ronald Dworkin se ofrece, de manera implícita antes que explícita, una crítica diferente. Dworkin ofrece un enfoque interpretativo al derecho y la teoría jurídica, dentro del cuál afirma que el trabajo interesante será al nivel de las interpretaciones de sistemas jurídicos particulares, antes que al nivel de las teorías generales del derecho. La posición de Dworkin no es que las teorías generales del derecho sean imposibles o incoherentes, sino más bien que ellas no son productivas: nada terriblemente interesante puede decirse de *todos* los sistemas jurídicos, pero hay muchas

²² Schauer (1994, p. 508) escribe:

“[N]o cualquier clase que existe en el mundo es filosóficamente interesante como clase. Las clases “residente en Londres”, “alimentos que comienzan con la letra Q”, y “jugador de basket profesional” son todas “reales” aunque no son clases naturales, no son ontológicamente primarias, y no tienen gran interés filosófico. De manera similar, el derecho puede existir de manera parecida a la aglomeración de individuos, instituciones y prácticas que no son ontológicamente primarias, innegablemente parte del mundo pero que simplemente no tienen el núcleo de interés filosófico que los filósofos del derecho han supuesto”.

²³ Esto no ha de confundirse con categorías que tienen las mejores consecuencias *teóricas* (consecuencias para la investigación), que es un punto de vista que más adelante se asocia a Brian Leiter.

²⁴ Cf. Hart (1994, pp. 207-12) (sugiriendo que entre dos “conceptos rivales de derecho” debe elegirse el más amplio porque nos ayudaría en nuestra confrontación con las malas leyes).

cosas valiosas que pueden decirse acerca de sistemas jurídicos particulares²⁵ (Dworkin, 1986, pp. 102-103; 1987, p. 16)

Podría responderse a Dworkin de la misma manera en que él ha contestado a los desafíos a su teoría de la respuesta correcta formuladas sobre la base de la indeterminación global o la inconmensurabilidad global (incomparabilidad). Su respuesta ha sido que los argumentos no pueden, o no pueden fácilmente, sostenerse a un nivel global, sino más bien deben ser elaborados puntualmente. El argumento de Dworkin es que para un caso particular, se propone un argumento para mostrar que hay una respuesta correcta, y allí es cuando el crítico tiene que mostrar que para esa situación no hay una respuesta correcta, o que los valores combinados en una respuesta posible son inconmensurables (Dworkin, 1986, pp. 266-275; 1991; pp. 89-90). La misma suerte de respuesta podría darse a Dworkin acerca del alcance de una teoría jurídica: una vez que una teoría pretende decir algo interesante acerca del (concepto de) derecho en general, será tarea de los críticos mostrar que esta teoría es defectuosa en algún sentido.

El propio trabajo de Dworkin es, en el mejor de los casos un apoyo dudoso para esta crítica. Mientras es verdadero que él escribe acerca de la interpretación de sistemas jurídicos particulares, y áreas doctrinales en sistemas jurídicos particulares, al mismo tiempo él hace afirmaciones que se aplican a todos los sistemas jurídicos:²⁶ más importante aún, que todo sistema jurídico —en verdad, que cualquier institución social— son (deben ser) comprendidas mediante la interpretación constructiva.²⁷ Además, mientras él ofrece una teoría en discusiones acerca del sistema jurídico de Estados Unidos,²⁸ él nunca indica que una teoría diferente sería apropiada para algún sistema jurídico diferente (e.g. el sistema Inglés, Francés, Iraní o del Tibet).

²⁵ Puede también ser significativo que Dworkin vea a los enunciados más generales acerca del derecho como *ligados* a afirmaciones bastante más específicas que se hacen dentro de *las prácticas cotidianas*. En una frase famosa, dice (Dworkin, 1987, p. 14) que “ninguna línea firme divide la teoría del derecho de la adjudicación o cualquier otro aspecto de la práctica jurídica”

²⁶ Cf. Raz (1998, p. 282): “el libro [*Law's Empire*] desmiente la modestia de los pasajes anteriores [*Law's Empire*, at pp. 102-03]. Una y otra vez, desde el comienzo hasta sus secciones finales, declara que ofrece un enfoque del derecho, sin calificaciones, en todos sus dominios imperiales.”

²⁷ Véase Dworkin (1986, pp. 49-53). Dworkin define “la interpretación constructiva” como “una tarea de imponer un propósito sobre un objeto o una práctica a efectos de presentarla como el mejor ejemplo de la forma o género a la que pertenece” *Id.* en p. 52.

²⁸ En algunas ocasiones, se refiere al derecho de Inglaterra (y Gales), pero no ofrece una teoría específica del *Derecho Inglés*.

4. El desafío del naturalismo

Brian Leiter (1997, 1998, 2002) ha sostenido que el análisis conceptual es inadecuado para la teoría analítica del derecho, y debe ser abandonado por una metodología más naturalista (esto es, más empírica y científica), como ha sucedido en otras áreas de la filosofía. Aquí, él resume (aunque sólo parcialmente suscribe) una crítica general del análisis conceptual:

“¿Qué es un concepto? Un cínico podría decir que ‘un concepto’ es sólo lo que los filósofos acostumbraban a llamar ‘significado’ en los tiempos en que su tarea era el análisis de significados. Pero, desde que Quine puso en dificultades a los filósofos al forzarlos a admitir que ellos no sabían qué eran los ‘significados’, ellos comenzaron a analizar ‘conceptos’”.²⁹

De alguna manera, este desafío al análisis conceptual está vinculado a la crítica nominalista. Además de las respuestas a la crítica nominalista, podría añadirse (como el mismo Leiter hace), “el concepto de derecho” tiene una ventaja sobre “el concepto de bueno” en que hay un conjunto identificable de prácticas e instituciones que fundamentan nuestra discusión (Leiter, 1998, p. 536). El concepto de derecho no puede ser fácilmente considerado como una entidad completamente misteriosa, hecha por los metafísicos en su tiempo libre.³⁰

Más aún, como Jules Coleman ha señalado (Coleman, 2002, pp.343-351), la búsqueda de verdades analíticas que Quine criticó es bastante diferente a lo que los teóricos contemporáneos del derecho hacían (y hacen) en sus teorías conceptuales. Ni H.L.A. Hart ni Joseph Raz o Jules Coleman, ni otro prominente teórico del derecho puede ser razonablemente entendido como tratando de determinar la “esencia” analítica de alguna Idea (Platónica) supra-histórica y supra-empírica (Coleman, 2001, pp. 210-217; 2002, pp. 350-351).

5. Descripción y selección

Mientras que las teorías analíticas del derecho con frecuencia se refieren a sus teorías de la naturaleza del derecho como “descripciones”, el sentido en el que tales teorías pueden, o deben, ser descriptivas necesita cierta elaboración.

²⁹ Leiter (1998, p. 535). Leiter continúa: “La visión cínica tiene, creo, algo de verdad, pero difícilmente sea toda la historia” *Id.* Cf. Jackson (2000, p. vii) (“Adecuadamente comprendido, el análisis conceptual no es una actividad misteriosa, desacreditada por Quine, que busca lo *a priori* en algún sentido difícil de comprender. Es, más bien, algo familiar a cualquier persona, bien sean filósofos o no-filósofos”); véase también *id.*, pp. 44-46, 52-55 (respondiendo a Quine).

³⁰ Compárese la famosa acusación de J. L. Mackie (1977) de que el objetivismo moral depende de la creencia en “entidades extrañas”.

Mientras H.L.A. Hart se refiere en un famoso pasaje a su libro *El Concepto de Derecho* como un ejercicio de “sociología descriptiva” (Hart, 1994, p. v), él sabía que su teoría era difícilmente clasificable como una “mera descripción” (y seguramente por “sociología” sólo se refería a algún sentido amplio de ese término, pero eso es otra cuestión). Él no deseaba discutir lo que era común a todo sistema de solución de controversias y guía de conductas mediante reglas que pudiese ser llamado “derecho”. Él enfatizó que su objetivo eran los sistemas jurídicos más sofisticados o desarrollados, y sistemas “aceptados” por al menos algunos de sus miembros como razones para la acción (esto es, como proporcionando razones para la acción más allá del temor por las sanciones) (Hart, 1994, pp. 14-17, 116-117) Este punto metodológico básico fue elaborado y clarificado posteriormente por otros teóricos (e.g. Finnis, 1980, pp. 3-18; Raz, pp. 219-221): la construcción de una teoría del derecho es inevitablemente una cuestión de selección y evaluación.

Según el enfoque de Hart, alguna base se requiere para la selección: el derecho debe ser analizado en su sentido más pleno y más rico (no lo que es universal a todas las instancias que podemos sentirnos inclinados a denominar “derecho”), y el análisis de un sistema jurídico debe tomar en cuenta la perspectiva de quienes aceptan el sistema jurídico (Hart, 1994, p. 98; Finnis, 1980, pp. 6-7) Finnis recharacteriza el proceso (usando ideas de Aristóteles y Max Weber) como la búsqueda de “tipos ideales” o “casos centrales” de derecho (Finnis, 1980, pp. 9-11). Otros teóricos enfatizan otros aspectos del proceso de selección en la construcción teórica: e.g. deben ser preferidas teorías que son simples, comprensivas y coherentes (Waluchow, 1994, pp. 19-29), y que una teoría jurídica debe esforzarse por identificar los rasgos “centrales, importantes, prominentes” del derecho (Raz, 1985, p. 735; cf. Raz, 1994, pp. 219-221; Dickson, 2001). El positivismo jurídico enfatiza que esa evaluación no debe ser confundida con la evaluación moral (e.g., Coleman, 2001, pp. 175-197; Dickson, 2001)

Sin embargo, si la construcción de una teoría conlleva juicios de “importancia” y “significación”, ésta difícilmente parece ser la base más objetiva o estable para una discusión. “Importancia” y “significación” parece términos relativos –¿“importante” para quienes?, ¿“significativo” con relación a qué propósito? Estas observaciones parecen ser cuestiones acerca de las que observadores razonables pueden discrepar –y discrepan– profundamente. Una respuesta sería que la posibilidad de un razonable desacuerdo no debe descartar la idea de que una teoría acerca de la naturaleza del derecho no necesita apoyarse en una evaluación moral del derecho. Sin embargo, es precisamente el argumento de teóricos como Stephen Perry (1995; 1996)

que las elecciones entre diferentes teorías plausibles acerca de la naturaleza del derecho pueden ser hechas sólo sobre la base de la evaluación moral.

Las referencias de Raz al “concepto de derecho”, y aún a la manera en que “los conceptos emergen en una cultura en una particular coyuntura” (Raz, 1999, p. 4), parecen asumir que hay sólo un concepto de derecho (o tal vez más precisamente, que nosotros tenemos sólo un concepto de derecho en nuestra época), pero este punto de vista, por supuesto, no es auto-evidente. Cuando Raz, Coleman y otros tratan de defender una teoría general del derecho sin conexiones con el Platonismo clásico, sus enfoques tienen la ventaja de no estar cargados con una metafísica que no agrada a mucha gente (al menos cuando se aplica a prácticas e instituciones sociales). Por otra parte, el Platonismo tiene la relativa ventaja de explicar por qué hay una única respuesta (correcta) a las investigaciones conceptuales acerca del derecho. Cuando nos movemos desde “el concepto de derecho” hacia “nuestro concepto de derecho”, es necesario trabajar más para justificar el presupuesto o la conclusión de que existe sólo un concepto de derecho. En verdad, en un trabajo importante Stephen Perry ha argumentado poderosamente acerca de que hay más de una teoría sustentable acerca de la naturaleza del derecho (basadas en diferentes teorías sustentables acerca de los propósitos del derecho) y la elección entre ellas debe ser hecha sobre la base de fundamentos morales o políticos (Perry, 1995; 1996; véase también Leiter, 1998). En la literatura sobre metodología en la teoría general del derecho, subsisten controversias sustantivas acerca de si, de hecho, es necesario elegir entre teorías sustentables del derecho (o entre los propósitos sustentables del derecho que fundamentan estas diferentes teorías), y acerca de si tales elecciones son necesariamente normativas, o si pueden justificarse sobre bases conceptuales o metateóricas que sean moralmente neutrales.³¹ Tal vez debamos dejar abierta la posibilidad de que nuestra sociedad contenga múltiples y conflictivos conceptos de derecho; quizás, como W.B. Gallie (1955-56) sugirió para los conceptos de “arte” y “democracia”, nuestro concepto de “derecho” es esencialmente controvertido (está basado en diferentes interpretaciones sustentables de un paradigma o conjunto de paradigmas complejos).

6. El punto de vista interno y el desafío de la ideología

H.L.A. Hart, bajo la influencia de Max Weber, Peter Winch, y otros, condujo la teoría analítica inglesa del derecho hacia un “giro hermenéutico” (Hart, 1994; véase también Morawetz, 1999; Bix 1999). La idea básica es que dado que las prácticas e instituciones sociales son actividades guiadas

³¹ Para una respuesta a Perry, argumentando que en el análisis conceptual hay suficientes recursos para elegir, véase Coleman (2001, pp. 197-210).

por propósitos, una teoría o descripción puramente externa será inadecuada. Los teóricos deben tomar en cuenta los propósitos y percepciones de los participantes en la práctica.

El trabajo de Austin puede verse como un intento de encontrar un enfoque “científico” al estudio del derecho, y este enfoque científico incluía al intento de explicar el derecho en términos empíricos: una tendencia empíricamente observable de obedecer ordenes de otros, y la habilidad de esos otros para imponer sanciones en caso de desobediencia (e.g. Austin, 1995, pp. 21-26). Hart criticó los esfuerzos de Austin de reducir el derecho a términos empíricos de tendencias y predicciones,³² ya que mostrar únicamente esa parte del derecho que es externamente observable es perder una parte básica de las prácticas jurídicas: la aceptación de aquellas normas, por parte de funcionarios y ciudadanos, como razones para la acción (Hart, 1994, pp. 13,55-58, 82-84, 88-91, 99). La *actitud* de aquellos que aceptan el derecho no puede ser capturada fácilmente por un enfoque más empírico o científico, y la ventaja de incluir ese aspecto de la práctica jurídica es lo que empujó a Hart hacia un enfoque más “hermenéutico”. El giro hermenéutico de Hart involucró la fundamentación de su teoría del derecho sobre la base de las diferencias entre (1) actuar según un hábito y según una regla; y (2) verse obligado y tener una obligación (Hart, 1994, pp. 9-10, 55-58). Según Hart, una persona adopta un “punto de vista interno” hacia una norma cuando usa la norma como justificación para su acción, y como la base para la crítica (y auto-crítica) a las desviaciones de la norma. Hart añadió que para que exista un sistema jurídico, los oficiales del sistema deben tener un punto de vista interno hacia los criterios de validez del sistema (“la regla de reconocimiento”) y los ciudadanos deben cumplir en general con las reglas del sistema (Hart, 1994, 116)

Por supuesto, se puede rechazar o modificar el uso particular de Hart del punto de vista interno,³³ sin rechazar su idea básica de que tomar en cuenta la perspectiva del participante es crucial para una teoría exitosa del derecho –o de cualquier otra práctica o institución social. (Por ejemplo, podría argumentarse que la teoría de Hart fracasa al enfatizar acerca de la perspectiva interna de los funcionarios del sistema en lugar de la perspectiva interna de los ciudadanos). Un desafío más básico al enfoque hermenéutico surge de dos argumentos (que algunas veces se superponen). Primero, podría argüirse

³² Un esfuerzo similar de reducir el derecho a términos empíricos fue ofrecido por los realistas escandinavos (e.g., Olivecrona, 1971); y Hart (1983, pp. 161-169) criticó estas teorías por esos intentos.

³³ Por ejemplo, Finnis ofrece una modificación del punto de vista interno de Hart en su trabajo (Finnis, 1980, pp. 6-18).

que un enfoque empírico, científico, es mejor (más objetivo, menos proclive a estar teñido por el prejuicio, y/o más proclive a dejar intuiciones útiles y predicciones exitosas). Segundo, algunos están preocupados por los prejuicios inherentes a la perspectiva del participante, prejuicios caracterizados algunas veces en términos de autoengaño y algunas veces en términos de ideología³⁴ El primer desafío simplemente repite el debate metodológico básico en las ciencias sociales, que no puede resolverse aquí, aunque debe notarse que la mayoría de los escritores en esta área parece creer que un enfoque hermenéutico –o enfoque hermenéutico complementado en sus márgenes con un enfoque más conductista– es superior. (Tamanaha, 1997, pp. 58-90).

Puede verse cómo el primer desafío (conductismo en ciencias sociales *versus* enfoques hermenéuticos) se une al segundo (ideología): concentrarse en la perspectiva interna de los participantes está abierto a la crítica de que los participantes, de hecho, están engañados acerca del significado de la práctica o de su participación en ella, o al argumento de que la perspectiva de los participantes está, de alguna manera importante, distorsionada. Si este es el caso, entonces esta distorsión es una parte importante de la historia que la teoría debe contar (e.g., Lucy, 1999, 69-70).

Podría responderse que, aunque la pretensión de error general, prejuicio, o ideología es un argumento potencialmente impactante contra las teorías sociales convencionales, tendría una significación mucho menor para una teoría acerca de la naturaleza del derecho. Podría, por supuesto, argumentarse que una teoría particular acerca de la naturaleza del derecho reflejó los prejuicios políticos de su autor, o fue un mero relejo del momento cultural, o una manera oblicua de legitimar injusticias, pero esas pretensiones, aunque sean verdaderas, no serían concluyentes para la validez de la teoría (aunque ellos podrían, por supuesto, minar nuestra confianza en la validez de la teoría). La teoría se mantendría y caería sobre la base de otros fundamentos; ellos son criterios para seleccionar mejores teorías en lugar de peores teorías.³⁵

³⁴ Aquí estoy usando “ideología” en su sentido de modificación inconsciente o distorsión de la percepción (ambas variantes pueden remontarse a Marx) (Williams, 1976, pp. 126-130), antes que en el sentido de un programa político más consciente o articulado (e.g., Kennedy, 1997, pp. 41-44).

³⁵ Por supuesto, puede argumentarse que la mayoría de esos criterios, o sus aplicaciones en el pasado, han estado teñidos por distorsiones ideológicas. Sin embargo, la noción misma de ideología asume que se puede distinguir la verdad de la distorsión, y por ello asume de alguna manera que debe ser posible distinguir teorías verdaderas de teorías falsas, o las teorías menos distorsionadas de las más distorsionadas.

7. Positivismo jurídico vs. Derecho natural

Una razón por la que los teóricos del derecho natural y los juristas positivistas parece hablar de cosas diferentes es que ellos tienen distintos puntos de partida acerca de lo que es el derecho, y de lo que la teoría debe tratar de hacer. Los positivistas (con la posible, aunque importante excepción de Hans Kelsen, que será discutido en la próxima sección) tienden a concentrarse en el derecho como una clase de sistema social. Esto es bien señalado por H.L.A. Hart (1987, p. 36):

“Hay una necesidad central para una teoría jurídica o teoría general del derecho que sea descriptiva y general en su alcance, la perspectiva de la cual es ... la de un observador externo de una forma de institución social con un aspecto normativo, que en su recurrencia en diferentes sociedades y períodos exhibe muchos rasgos comunes de forma, estructura y contenido”.

Por el contrario, los teóricos del derecho natural se concentran en el derecho como una clase de práctica que suministra razones (Finnis, 2000, pp. 1602-04). El derecho da razones para la acción, al menos (muchos dirían) cuando es consistente con estándares morales más altos. (Los teóricos del derecho natural aquí hacen hincapié en las razones *morales* para la acción que el derecho puede (algunas veces) ofrecer, y no en las razones prudenciales que las sanciones jurídicas (como todas las amenazas de fuerza o vergüenza pública) puede implicar). Este aspecto del derecho llama la atención de los teóricos acerca de la congruencia de normas particulares, y sistemas jurídicos particulares, con criterios morales, para determinar cuando el derecho se añade a la lista de nuestras razones morales para la acción. Para esta categoría más amplia de teorías acerca de las prácticas que dan razones, habría tensiones obvias en cualquier esfuerzo por crear una teoría “descriptiva” o “neutral” de una práctica intrínsecamente evaluativa. Al menos, hay argumentos evidentes para preferir la perspectiva de prácticas que otorgan razones que reflejaría sus méritos según sus últimos propósitos (cf. Finnis, 2000, 2002) Parece inevitable que un análisis del derecho como una actividad que suministra razones, un análisis de cuándo o cómo los sistemas jurídicos crean nuevas razones morales para la acción, nos llevará a una dirección diferente al de un estudio del derecho como una clase particular de institución social, y viceversa.

Puede ocurrir que la doble naturaleza del derecho –como institución social y como práctica que suministra razones– haga imposible capturar la naturaleza del derecho mediante un único enfoque, y que se necesite un enfoque más “neutral” (como el del positivismo jurídico) para comprender su lado institucional, y un enfoque más evaluativo (como el de las teorías del derecho natural) para dar cuenta de su lado de práctica que confiere razones.

8. Kelsen y la lógica normativa

En países de habla inglesa, la teoría del positivismo jurídico más conocida (y, junto al enfoque interpretativo de Dworkin, una de las dos teorías jurídicas mejor conocidas en general) es la de H.L.A. Hart, ya discutida extensamente. Sin embargo, en otros países, el positivismo jurídico de Kelsen (Kelsen, 1967; 1992) es mucho mejor conocido que el de Hart, y la “teoría pura” de Kelsen es altamente influyente. El trabajo de Kelsen no se ajusta fácilmente en la estructura del análisis desarrollado hasta aquí, pero sus presupuestos metodológicos son de obvia importancia.

El trabajo de Kelsen tiene ciertas similitudes externas con la teoría de Hart, pero está construida desde un fundamento teórico diferente: una derivación neo-Kantiana, antes que (como en el caso de Hart) sobre la combinación de hechos sociales, análisis hermenéutico y la filosofía del lenguaje ordinario.³⁶ Kelsen aplicó una suerte de Argumento Trascendental Kantiano al derecho: su obra puede ser comprendida mejor como un intento de determinar lo que se sigue del hecho de que las personas algunas veces tratan las acciones y palabras de otros individuos (funcionarios jurídicos) como normas válidas (e.g., Paulson, 1992b). El trabajo de Kelsen puede ser visto como la elaboración de una lógica del pensamiento normativo. Toda conclusión normativa (e.g., “no se debe conducir a más de 55 millas por hora”, o “no se debe cometer adulterio”) deriva de una norma más general o una premisa normativa más básica. Esta premisa más básica puede expresarse en términos de una proposición general (e.g. “no hagas daño innecesariamente a otro ser humano”, o “no uses otro ser humano simplemente como un medio para conseguir un fin”) o en términos de autoridad (“haz lo que dios ordene” o “actúa de acuerdo a las reglas aprobadas por la mayoría en el parlamento”) así, el mero hecho de que alguien afirme o asuma la validez de una norma jurídica individual (“uno no puede conducir más rápido que 65 millas por hora) es implícitamente afirmar la validez del vínculo fundacional de esta particular cadena normativa (“uno debe hacer lo que ha sido autorizado por la primera constitución histórica de esta sociedad”).

Al igual que John Austin, pero a diferencia de Hart, Kelsen es un “reduccionista”: trata de comprender todas las normas jurídicas como variantes de una clase de enunciados. En el caso de Austin, todas las normas jurídicas

³⁶ Las ideas de Kelsen se desarrollaron y cambiaron a lo largo de seis décadas; las afirmaciones que aquí se hacen sobre su trabajo se aplican a la mayoría de lo que ha escrito, pero no a sus últimos trabajos (Kelsen, 1991), cuando misteriosamente rechazó bastante de la teoría que había construido durante las décadas anteriores. (Hartney, 1991, pp. xxxvii - liii; Paulson & Paulson, 1998, p. vii; Paulson, 1992a). Esta sección discute la mayor parte de los trabajos de Kelsen, pero no pretende dar cuenta de todos sus cambios, excluyendo especialmente los puntos de vista de sus últimos trabajos.

eran entendidas en términos de ordenes (del soberano); en el caso de Kelsen, todas las normas jurídicas han de ser analizadas en términos de una autorización a un funcionario para imponer sanciones (si el estándar prescripto no se obtiene).

El trabajo de Kelsen difiere de los enfoques usuales del positivismo Anglo-Americano (en particular, del positivismo hartiano), en que no está basado en una visión del derecho como una institución social, mientras también se diferencia de las teorías del derecho natural que ven al derecho como un factor en el razonamiento práctico. El análisis de Kelsen considera al derecho como una clase particular de pensamiento normativo (a diferencia del positivismo de Hart no enfatiza, aunque tampoco niega, las bases sociales del derecho; y se aparta del derecho natural al separar la normatividad jurídica de la normatividad moral, más que ofrecer un análisis de cómo el primero afecta al segundo).

9. Verdad y la naturaleza del derecho

Aunque este trabajo es un ensayo sobre metodología y no acerca de la verdad jurídica, puede ser valioso advertir cómo algunas de las mismas cuestiones que dan lugar a particulares cuestiones metodológicas en la teoría analítica del derecho también producen discusiones acerca de la verdad de las proposiciones jurídicas y de teoría general del derecho. Esto es particularmente acertado acerca de la doble naturaleza del derecho (véase Finnis, 2002, pp. 11-12) discutida anteriormente: que es un conjunto de acciones presentes y pasadas de los funcionarios y un modo de pensar dirigido a influir nuestro razonamiento práctico. En términos diferentes, es tanto “voluntad” como “razón” (Bix, 2004). De hecho, una cosa que hace al derecho diferente de la moral es que es, como una cuestión práctica y no como resultado de una necesidad conceptual, una mezcla de “voluntad” y “razón”. Y es este entrecruzamiento de razón y voluntad, de sistema normativo y razonamiento práctico, lo que hace tan problemáticas las afirmaciones acerca de la naturaleza de la verdad jurídica, y las teorías acerca de la naturaleza del derecho.

Hay un número de otros aspectos de la práctica jurídica que también da lugar a problemas respecto de la verdad en el derecho. Cualquier teoría acerca de la “verdad” en el derecho (o acerca de la naturaleza del derecho en general) debe ser capaz de enfrentarse a dos aspectos de la práctica jurídica que son frecuentes en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos: (1) que las decisiones de ciertos funcionarios tienen autoridad, al menos hasta que sean explícitamente revocadas, aun cuando esos funcionarios hayan actuado con una errónea interpretación de los textos jurídicos relevantes, o cuando hayan actuado más allá del alcance de su autoridad; y (2) los fun-

cionarios que aplican textos jurídicos a menudo tienen el deber o la facultad de realizar lo que ellos consideran que es la mejor decisión desde el punto de vista moral, teniendo en cuenta a las fuentes jurídicas, pero sin limitarse necesariamente a ellas.

10. Conclusiones

La mayoría de las teorías contemporáneas más importantes acerca de la naturaleza del derecho tienden a asumir que es posible y valioso hacer teoría general del derecho, y que el análisis conceptual es el enfoque apropiado. Sin embargo, estas posiciones metodológicas básicas han sido desafiadas y requieren justificación. El análisis conceptual en teoría del derecho necesita defenderse contra las críticas naturalistas; y aquellos que justificarían la teoría general sobre bases diferentes al (improbable) Platonismo acerca del derecho necesitan clarificar si la elección entre teorías rivales puede hacerse únicamente sobre la base de fundamentos puramente conceptuales y meta-teóricos, o si la evaluación moral es una parte inevitable del proceso.

(Trad. de Pablo Navarro)

Bibliografía

- ARISTOTLE, *The Complete Works of Aristotle* (J. Barnes, ed., Princeton: Princeton University Press, 1984).
- AUSTIN, J., *The Province of Jurisprudence Determined* (W. E. Rumble, ed., Cambridge: Cambridge University Press, 1995).
- BIX, B., "Conceptual Jurisprudence and Socio-Legal Studies", *Rutgers Law Journal*, 32 (2000): pp. 227-29.
- "H. L. A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory", *SMU Law Review*, 52 (1999a): 167-199.
 - *Jurisprudence: Theory and Context* (2nd ed., London: Sweet & Maxwell, 1999).
 - *Law, Language, and Legal Determinacy* (Oxford: Clarendon Press, 1993).
 - "Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudential Debate", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 12 (1999b): pp. 17-33.
 - "Will versus Reason: Truth in Natural Law, Positive Law, and Legal Theory", in *Truth* (Kurt Pritzl, ed., forthcoming, Washington, D.C.: The Catholic University of America Press, 2004)
- BLACKBURN, S., *The Oxford Dictionary of Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 1994).
- BURTON, S. J., "Law, Obligation, and a Good Faith Claim of Justice", *California Law Review*, 73 (1985): pp. 1956-1983.
- CICERÓN, M. T., *Cicero: De Re Publica, De Legibus* (W. Keyes, trans., Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1928).

- COHEN, F., "Transcendental Nonsense and the Functional Approach", *Columbia Law Review*, 35 (1935): pp. 809-849.
- COLEMAN, J. L., "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory*, 4 (1998a): pp. 381-425.
- "Methodology", in Jules L. Coleman & Scott Shapiro (eds.) & Kenneth Einar Himma (assoc. ed.) *Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 2002): pp. 311-352.
 - *The Practice of Principle* (Oxford: Oxford University Press, 2001).
 - "Second Thoughts and Other First Impressions", in B. Bix (ed.), *Analyzing Law* (Oxford: Clarendon Press, 1998b): pp. 257-322.
- DICKSON, J., *Evaluation and Legal Theory* (Oxford: Hart Publishing, 2001).
- DWORKIN, R., *Laws Empire* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986).
- "Legal Theory and the Problem of Sense", in R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1987): pp. 9-20.
 - "On Gaps in the Law", in P. Amselek & N. MacCormick (eds.), *Controversies About Law's Ontology* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991): pp. 84-90.
 - "A Reply", in M. Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (London: Duckworth, 1984): pp. 247-300.
- FINNIS, J., "On the Incoherence of Legal Positivism" (2000) *75 Notre Dame Law Review* 1597-1611.
- *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1980).
 - "Natural Law: The Classical Tradition", in Jules L. Coleman & Scott Shapiro (eds.) & Kenneth Einar Himma (assoc. ed.) *Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 2002): pp. 1-60.
- GALLIE, W. B., "Essentially Contested Concepts", *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56 (1955-56): pp. 167-220.
- GETTIER, E. L., "Is Justified True Belief Knowledge?", *Analysis*, 23 (1963): pp. 121-123.
- GLOCK, H.-J., *A Wittgenstein Dictionary* (Oxford: Blackwell, 1996).
- HART, H. L. A., "Comment", in Ruth Gavison (ed) *Issues in Contemporary Legal Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1987): pp. 35-42.
- *The Concept of Law* (2nd ed., Oxford: Clarendon Press, 1994).
 - *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983).
- HARTNEY, M., "Introduction", in H. Kelsen. *General Theory of Norms* (M. Hartney, ed., Oxford: Clarendon Press, 1991): pp. IX - LIII
- JACKSON, F., *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis* (Oxford: Clarendon Press, 2000).
- KELSEN, H., *Introduction to the Problems of Legal Theory*, (B. L. Paulson & S. L. Paulson, trans., Oxford: Press, 1992)
- *Pure Theory of Law* (M. Knight, trans.,: University of California Press, 1967).
- KENNEDY, D., *A Critique of Adjudication (fin de siècle)* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1997).
- KRAMER, M. H., *In Defense of Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1999).

- KRIPKE, S. A., *Naming and Necessity* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1972).
- LEITER, B., "Naturalism in Legal Philosophy", in E. N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu> (2002 edition).
- "Realism, Hard Positivism, and Conceptual Analysis", *Legal Theory*, 4 (1998): pp. 533-547.
 - "Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence", *Texas Law Review* 76 (1997): pp. 267-315.
- LUCY, W., *Understanding and Explaining Adjudication* (Oxford: Oxford University Press, 1999).
- LYONS, D., "Book Review" (reviewing Neil MacCormick, *H. L. A. Hart*), *Cornell Law Review*, 68 (1983a): pp. 257-268.
- *Ethics and the Rule of Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1983b).
- MACKIE, J. L., *Ethics: Inventing Right and Wrong* (Harmondsworth: Penguin, 1977).
- MOORE, M. S., "Hart's Concluding Scientific Postscript", *Legal Theory*, 4 (1998): pp. 301-327.
- "Law as a Functional Kind", in R. P. George (ed.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (Oxford: Clarendon Press, 1992): pp. 188-242.
- MORAWETZ, T., "Law as Experience: Theory and the Internal Aspect of Law", 52 *SMU Law Review*, 52 (1999): pp. 27-66.
- MURPHY, L., "The Political Question of the Concept of Law", in J. L. Coleman (ed.), *Hart's Postscript* (Oxford: Oxford University Press, 2001): pp. 371-409.
- OLIVECRONA, K., *Law as Fact* (2nd ed., London: Stevens & Sons, 1971).
- PAULSON, S. L., "Kelsen's Legal Theory: The Final Round", *Oxford Journal of Legal Studies*, 12 (1992a): pp. 265-274.
- "The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, 12 (1992b): pp. 311-332.
- PAULSON, S. L. & PAULSON, B. L. (Eds.), *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes* (Oxford: Clarendon Press, 1988).
- PERRY, S. R., "Interpretation and Methodology", in A. Marmor (ed.), *Law and Interpretation* (Oxford: Clarendon Press, 1995): pp. 97-135.
- "The Varieties of Legal Positivism", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 9 (1996): pp. 361-381.
- PUTNAM, H., "The Meaning of "Meaning"", in *Mind, Language and Reality: Philosophical Papers Vol. 2* (Cambridge: Cambridge University Press, 1975): pp. 215-271.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice*, rev. ed. (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1999).
- RAZ, J., *The Authority of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1979).
- *The Concept of a Legal System* (2nd ed., Oxford: Clarendon Press, 1980).
 - *Engaging Reason* (Oxford: Clarendon Press, 1999).
 - *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Clarendon Press, 1994).

- “Legal Theory”, in M. P. Golding & W. A. Edmundson (eds.), *Blackwell Guide to The Philosophy of Law and Legal Theory* (forthcoming, Oxford: Blackwell, 2004).
 - *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press, 1986).
 - “The Morality of Obedience”, *Michigan Law Review* 83 (1985): pp. 732-749.
 - “On the Nature of Law” (Kobe Lectures of 1994), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 82 (1996): pp. 1-25.
 - “Postema on Law”’s Autonomy and Public Practical Reasons: A Critical Comment”, *Legal Theory*, 4 (1998): pp. 1-20.
 - *Practical Reason and Norms* (rev. ed., Princeton: Princeton University Press, 1990).
 - *The Practice of Value* (Oxford: Clarendon Press, 2003).
 - “Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison”, *Legal Theory*, 4 (1998): pp. 249-82
 - *Value, Respect, and Attachment* (Cambridge: Cambridge University Press, 2001).
- ROSS, A., *On Law and Justice* (Berkeley: University of California Press, 1959).
- SCHAUER, F., “Critical Notice of Roger Shiner, *Norm and Nature: The Movements of Legal Thought*”, *Canadian Journal of Philosophy*, 24 (1994): pp. 495-510.
- “Fuller”’s Internal Point of View”, *Law and Philosophy*, 13 (1994): pp. 285-312.
- SOPER, P., “Legal Systems, Normative Systems, and the Paradoxes of Positivism”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 8 (1995): pp. 363-76.
- STAVROPOULOS, N., *Objectivity in Law* (Oxford: Clarendon Press, 1996).
- TAMANAH, B. Z., “Conceptual Analysis, Continental Social Theory, and CLS: A Response to Bix, Rubin and Livingston”, *Rutgers Law Journal*, 32 (2000): pp. 281-306.
- “The Folly of the “Social Scientific” Concept of Legal Pluralism”, *Journal of Law and Society*, 20 (1993): pp. 192-217.
 - *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1997).
 - “Socio-legal Positivism and a General Jurisprudence”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 21 (2001): pp. 1-32.
- WALUCHOW, W. J., *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press, 1994).
- WILLIAMS, R., *Keywords: A Vocabulary of Culture and Society* (New York: Oxford University Press, 1976).
- WITTGENSTEIN, L., *Philosophical Investigations* (3rd ed., Oxford: Basil Blackwell, 1958).