

ARTÍCULOS

EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA DEL DERECHO*

Joseph Raz**

1. Preliminaria

Es característico de las disciplinas filosóficas que entre sus problemas fundamentales se encuentre el esclarecimiento y delimitación de su propio objeto de conocimiento. La teoría del conocimiento intenta de aclarar la naturaleza del conocimiento. La filosofía de la lógica examina la definición de lógica; la filosofía moral reflexiona sobre la naturaleza y límites de la moralidad; etcétera. Como la identidad de tales disciplinas depende de la identidad de sus objetos de conocimiento, la preocupación de su propia auto-identidad es típica de muchas investigaciones filosóficas. La filosofía del derecho no es la excepción; también, se encuentra parcialmente sometida a una investigación sobre la naturaleza del derecho y sobre los límites de lo jurídico; así, perennemente reflexiona sobre su propia naturaleza.¹

La persistencia de este cuestionamiento auto-reflexivo evidencia la importancia de formular problemas precisos y de escoger el punto de partida. La incapacidad de los filósofos para ponerse de acuerdo en una respuesta común es, parcialmente debida a diferencias de percepción sobre la naturaleza de los problemas incluidos en esta cuestión. Estas diferencias se reflejan al diferenciar presupuestos no establecidos y puntos de partida inconscientes, escogidos al responder las cuestiones filosóficas referidas.

En este ensayo voy a describir y comentar tres formas comunes de abordar la cuestión de la naturaleza del derecho. Al explicarlas y al

* Este artículo apareció originalmente en Gottorm, Flýistad (Ed.), *Contemporary Philosophy. Vol. 3 Philosophy of Action*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers BV, 1983; reimpresso en *University of Western Ontario Law Review*, Vol. 21, Núm. 2, diciembre 1983, pp. 203-218. Se publica con el permiso del autor. Traducción del inglés por Rolando Tamayo y Salmorán.

** Balliol College, Oxford.

¹ H.L.A. Hart repetidamente ha comentado sobre este rasgo de la filosofía jurídica. (Cf.: *Definition and Theory in Jurisprudence Inaugural lecture*, Oxford, Oxford University Press, 1953. Existe versión española de Genaro R. Carrió: "Definición y teoría de la ciencia jurídica, en Hart, H.L.A. *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1962, pp. 93-138) y *The Concept of Law* (Oxford, Oxford University Press, 1961), Existe versión española de Genaro R. Carrió: *El concepto del derecho*, Buenos Aires, 1962 (esta versión fue reimpressa en México: *El concepto del derecho*, México, Editora Nacional, 1978). c. 1.

justificar mis comentarios tendré que aventurar algunos señalamientos hacia una teoría sobre la naturaleza del derecho; sin embargo, serán, en este contexto, incompletos e incidentales, puesto que su tarea principal consiste en esclarecer el problema de la naturaleza del derecho.

2. El método² lingüístico

Entre los exponentes clásicos de la filosofía jurídica,³ como entre los juristas modernos,⁴ se encuentran filósofos que consideran a la investigación sobre la naturaleza del derecho como un intento para definir el significado de la palabra ‘derecho’. El método (*approach*) lingüístico fue lanzado por el espíritu anti-esencialista de la moderna filosofía analítica y, en particular, por su tendencia, en los primeros años, de considerar todas las cuestiones filosóficas como cuestiones lingüísticas.

Recientemente, ha crecido la insatisfacción de los filósofos hacia el método (*approach*) lingüístico. En este ensayo lo abordo sólo para descalificarlo; para ello examino todas las imperfecciones y defectos que le son inherentes. La primera y más frecuente respuesta que se da al método (*approach*) lingüístico es que los filósofos no son lexicógrafos.⁵ Esto, aunque cierto, es obviamente incompleto. ¿Qué más son los filósofos del derecho? La respuesta se encontrará en nuestro examen de los otros dos métodos (*approaches*) descritos más adelante. Sin embargo, aun permitiendo que el veredicto final sobre el método (*approach*) lingüístico tiene que esperar el surgimiento de una alternativa viable, podemos examinar la debilidad interna del propio método (*approach*) lingüístico.

Tradicionalmente aquellos que adoptan el método (*approach*) lingüístico concentran su atención en la palabra *law*⁶ (‘derecho’) y se enfrentan al aplastante problema de que la palabra *law* es usada en

² En el original *approach*.

³ Véase, por ejemplo, el tratamiento de John Austin a esta cuestión en *The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, Burt Franklin, 1970 (reimpresión de la edición de Duman, Londres, 1861).

⁴ Para una explicación razonablemente sofisticada sobre el método (*approach*) lingüístico, véase: Williams, G. “The Controversy Concerning the Word ‘Law’” en Laslett, P. (Ed.), *Philosophy, Politics and Society, Ist. Series*, Oxford, ... 1967 y Wohlheim, R. “The Nature of Law”, en *Political Studies*, ... 1954; pp. 128 y ss.

⁵ En el original: *lexicographers*

⁶ *Law*, propiamente hablando, designa, primeramente, el derecho positivo, en este sentido *English Law* (‘derecho inglés’), *International Law* (‘derecho internacional’), etcétera; también designa una *rule of law*, i.e. una norma, así “a law is a species of a command” (Cf.: Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*, cit. eg.: pp. 4,5, 15, etc.).

multiplicidad de contextos que no son jurídicos. Tenemos leyes (*laws*) de la naturaleza y leyes científicas, leyes de Dios y del pensamiento, de la lógica y del lenguaje, etcétera. Es claro que la explicación de *law* tiene que dar cuenta de su uso en todos estos contextos e, igualmente, es claro que una explicación tan amplia y general puede ser de poca utilidad para los filósofos del derecho.

La explicación de *law* puede proporcionar la respuesta a la investigación del iusfilósofo sobre la naturaleza del derecho únicamente sobre un supuesto: que el uso de *law* en todos los contextos sea analógico o metafórico, salvo en uno: el cual constituye el significado paradigmático, tal y como se usa en un tipo de contexto, o, en alguno otro sentido, parasítico a su significado paradigmático y que éste sea el significado que el iusfilósofo tiene en el centro de su investigación. Desafortunadamente, este supuesto es falso. Su carácter no plausible se aprecia mejor examinando el intento más exhaustivo y sistemático por proporcionar un análisis de *law* basado en este supuesto; el propuesto por John Austin (1790-1859) en *the Province of Jurisprudence Determined*,⁷ puesto que el fracaso de su análisis no depende de haber adoptado el modelo del mandato general como explicación del derecho. Con absoluta independencia de los resultados de la teoría del mandato, Austin estaba doblemente equivocado. Primero, no hay razón para considerar que el discurso sobre las leyes (*laws*) puramente teóricas, *e.g.* como las leyes (*laws*) naturales, sean extensiones parasíticas del discurso sobre leyes (*laws*) puramente prácticas, *e.g.* las normas (*laws*) jurídicas. En segundo lugar, al considerar normas (*laws*) puramente prácticas, parece no haber razón para dar a las normas jurídicas y a sus especiales características un status preferencial comparadas con, *e. g.* las normas (*laws*) morales. El destino del método (*approach*) lingüístico no está todavía sellado. La explicación del sentido de la palabra ‘derecho’ (*law*) tiene poco que ver con la filosofía jurídica, pero es posible que el significado de algunos otros términos estén íntimamente asociados con los intereses de los filósofos del derecho. Los candidatos más promisorios son ‘jurídico’ (*legal*) y ‘jurídicamente’ (*legally*). Estos términos no son usados en contextos teoréticos y, en contextos prácticos, parecen estar excluidos de usos morales y de otros usos, salvo de aquellos que directamente interesan a la filosofía jurídica.

⁷ *Op. cit.*

‘Jurídicamente’ es, *inter alia*, un operador oracional. La afirmación de que su semántica explica la naturaleza del derecho equivale a decir que ‘jurídicamente *p*’ es la fórmula general de todos los enunciados jurídicos. Para examinar esta afirmación uno debe considerar los cinco tipos de oraciones habitualmente usadas para hacer enunciados jurídicos.

Primero. Algunos otros operadores, tales como ‘el derecho es que...’ y ‘de conformidad con el derecho...’ son, *grosso modo* sinónimos de ‘jurídicamente’.⁸ El otro operador jurídico principal: ‘Existe una norma que...’ aunque no es sinónimo de ‘jurídicamente’, puede ser explicado por su uso. ‘Existe una norma que *p*’ es lógicamente equivalente a ‘Jurídicamente, existe una norma que *p*’.

Segundo. ‘Jurídico’ puede ser definido en términos de ‘jurídicamente’. ‘X tiene un deber jurídico (o un derecho o una facultad jurídicos, etcétera) es lógicamente equivalente a ‘Jurídicamente, *x* tiene un deber (o un derecho o una facultad, etcétera). Similarmente, ‘éste es un negocio jurídico’ es lógicamente equivalente a ‘jurídicamente, éste es un negocio’, etcétera.

Tercero. Predicados puramente jurídicos, como ‘hipoteca’, ‘acción’, ‘derecho de autor’, *fee simple*, intuitivamente consideramos que son usados únicamente para hacer enunciados jurídicos. Por tanto, cualquier oración que contenga un predicado puramente jurídico debe equivaler a una oración jurídica aunque no muestre la forma ‘Jurídicamente *p*’. De ahí que cualquier oración ‘*p*’ que contenga un predicado puramente jurídico es lógicamente equivalente a ‘jurídicamente *p*’. Por ejemplo: ‘El tiene los derechos de autor’ es lógicamente equivalente a ‘Jurídicamente, él tiene los derechos de autor’.

Cuarto. Predicados semi-jurídicos son predicados que normalmente son usados para hacer enunciados jurídicos, pero pueden usarse, también, en otros contextos. ‘Propiedad’, ‘matrimonio’, ‘contrato’ son semi-jurídicos. ‘Ellos celebran un contrato’, ‘Están casados’, ‘El es propietario de la casa’, ‘La casa es suya’, son normalmente usados para hacer lo que, intuitivamente, consideramos enunciados jurídicos. Sin embargo, mi hijo está en lo correcto al decir que su libro es suyo, aun

⁸ Nótese que ‘La norma (*rule*) es jurídicamente válida’ es lógicamente equivalente a ‘Jurídicamente la norma es válida’. Al considerar equivalentes ‘jurídicamente’, ‘de conformidad con el derecho’ y ‘el derecho es que...’ no quiero negar que existen diferencias estilísticas y conversacionales entre ellas que hacen a alguna de ellas más apropiada que las otras en distintos contextos. Como aquí estamos interesados meramente en sus propiedades semánticas, voy a ignorar tales diferencias y a usar ‘jurídicamente’ incluso-en contextos en donde uno de los otros sería, conversacionalmente, más apropiado.

si, jurídicamente, son míos y Mariann Evans puede muy sensatamente considerarse la esposa de G.H. Lewes y no que meramente merece serlo. Dados estos hechos sobre los predicados semi-jurídicos, es claro que la condición arriba especificada, en relación con los predicados jurídicos, no se aplica a ellos. Las oraciones conteniendo predicados semi-jurídicos *no* son lógicamente equivalentes a las oraciones que resulten de ellas al anteponerles ‘jurídicamente’.

Al mismo tiempo, es verdad que cualquier enunciado jurídico hecho mediante el uso de una oración ‘*p*’, que contenga un predicado semi-jurídico, es lógicamente equivalente a los enunciados hechos, habitualmente, usando ‘Jurídicamente *p*’.

Quinto. Los enunciados jurídicos con frecuencia son hechos mediante el uso de oraciones deónticas ordinarias en las cuales el contenido de la oración y el contexto de su expresión (*utterance*) indican que ésta es usada para hacer un enunciado jurídico (*e.g.* ‘Está prohibido aparcar’). Aquí, nuevamente, todo lo que se puede decir es que cuando una oración deóntica ‘*p*’ se usa para hacer un enunciado jurídico, el enunciado hecho de esta manera es lógicamente equivalente a aquél habitualmente hecho mediante ‘Jurídicamente *p*’.

Una reflexión sobre los tres primeros argumentos puede sugerir que todas las oraciones habitualmente usadas para hacer enunciados jurídicos son de la forma ‘Jurídicamente *p*’ o son lógicamente equivalentes. El cuarto y quinto argumento; sin embargo, desaprueban cualquiera de estas sugerencias. Es verdad que todas las sugerencias anteriores fuertemente sugieren que todos los enunciados jurídicos pueden ser expresados por oraciones que tienen la forma ‘Jurídicamente *p*’; empero, este juicio se basa en una noción intuitiva de ‘enunciado jurídico’ la cual no es explicada con referencia a ‘jurídicamente’. Por tanto, se puede concluir que cualquier teoría sobre la naturaleza del derecho tiene que observar la siguiente CONDICIÓN LINGÜÍSTICA:

CL: Todos los enunciados jurídicos son establecidos por el uso de oraciones de la forma ‘Jurídicamente *p*’

Pero, al mismo tiempo, se tiene que rechazar el argumento de que la teoría de la naturaleza del derecho es simplemente una investigación sobre el significado de ‘jurídicamente’.

Esta pretensión rechazada es vencida, también, por un argumento independiente. El argumento mencionado muestra que no todas las oraciones usadas frecuentemente para hacer lo que, intuitivamente, consideramos enunciados jurídicos, pueden ser analizados en térmi-

nos de ‘jurídicamente’. Igualmente puede mostrarse que no todos los enunciados hechos habitualmente mediante el uso de oraciones de la forma ‘Jurídicamente *p*’ son intuitivamente considerados enunciados jurídicos en un sentido relevante para la filosofía jurídica. Las oraciones de la forma ‘Jurídicamente *p*’ pueden usarse para hacer enunciados de derecho religioso, del derecho internacional o, incluso, del derecho de algún otro tipo de asociaciones sociales poderosas, pero las credenciales de tales enunciados, como enunciados jurídicos en el sentido relevante (cualquiera que éste pudiera ser), no son cuestiones que los filósofos permitan sean resueltos por la ocurrencia correcta del uso de ‘jurídicamente’ en tales casos. Decir esto no es esencialmente sino reafirmar que filosofía no es lexicografía.

3. La perspectiva del jurista⁹

La conclusión de la exposición, hasta ahora, es que, ciertamente, las consideraciones lingüísticas limitan la aceptabilidad de las teorías; pero la investigación sobre la naturaleza del derecho no es un estudio del significado de ningún término o familia de términos. ¿Cuál es entonces el objeto de esta investigación? Muchos filósofos del derecho comienzan con una INTUICIÓN BÁSICA no explicitada:

IB: El derecho tienen que ver con aquellas consideraciones que son apropiadas para que los tribunales se basen en ellas al justificar sus decisiones

He dejado vaga la formulación porque ésta quiere capturar una intuición básica común. Muchos filósofos del derecho que aceptan la intuición básica como un punto de partida inconsciente, consideran que su tarea consiste, precisamente, en su refinamiento, con objeto de producir una teoría filosófica sobre la naturaleza del derecho que, en realidad, sería una elaboración de la intuición básica.

Puede pensarse que la intuición básica se justifica por el método (*approach*) lingüístico (o, quizás, por *CL*). Este pensamiento puede haber influido en varios filósofos. En otras palabras, cabe pensar, que ‘normas (*rules*) jurídicas’ y ‘hechos jurídicos’ significan lo mismo que ‘consideraciones apropiadas para que los tribunales fundamenten en ellas sus decisiones’. Pero esto no puede aceptarse en razón de la fuerza del uso lingüístico. El caso de las convenciones constitucio-

⁹ En el original: *lawyers’ perspective*, donde *lawyers* comprende no sólo a la profesión jurídica (jueces y abogados), sino a juristas dogmáticos (autores y profesores de derecho).

nales en el derecho inglés proporciona un buen contra-ejemplo.¹⁰ En Inglaterra las convenciones constitucionales constituyen una parte importante de la constitución inglesa: regulan las relaciones entre los órganos del gobierno. Un ejemplo es la convención de que el monarca no está facultado para rehusar la sanción real a una ley propiamente aprobada por el Parlamento. De conformidad con las más aceptadas teorías del derecho constitucional inglés, un rasgo definitorio de las convenciones, es que no son consideraciones sobre las cuales los tribunales basen sus decisiones. Si esto es así, entonces, de acuerdo con la intuición básica, las convenciones no son normas jurídicas.

Esta, realmente, fue la opinión de Dicey, la cual es compartida por muchos otros teóricos del derecho. Sin embargo, esta conclusión no puede ser respaldada por el uso lingüístico, toda vez que muchos angloparlantes nativos no dudarían en llamar a varias convenciones ‘normas jurídicas’. Habiendo rechazado anteriormente el método (*approach*) lingüístico, es claro que no presento el caso de las convenciones constitucionales como una refutación de la intuición básica, sino, meramente, como refutación a la sugerencia de que *IB* sea considerada necesaria por el método (*approach*) lingüístico. Realmente, contradice los hechos del uso lingüístico y, aunque *IB* es compatible con *CL*, esta condición de ninguna manera la justifica o la requiere.

Voy a asumir que *IB* es verdadera y, más adelante, diré algo que lo justifique. Esto aún deja sin explicar la cuestión de por qué tantos autores consideraron a *IB* como un presupuesto no explicitado que servía, las más de las veces inconscientemente, para definir su propio objeto y, así, dar forma a sus teorías. Si estoy en lo correcto al sugerir que muchos tienden a considerar que *IB* se justifica por el uso lingüístico, esto proporciona una explicación parcial de la inclinación a adoptar *IB* sin mayores cuestionamientos. Pero, como esta creencia es tan evidentemente mal fundada, tiene que haber razones adicionales, aunque fueran sólo para explicar por qué los filósofos del derecho eran tan miopes en su percepción del uso lingüístico. La explicación es simple. La mayoría de los teóricos, por educación y profesión, son juristas y su audiencia se compone, en principio, de estudiantes de derecho. Muy naturalmente, y de forma imperceptible, adoptan la perspectiva del jurista.

¹⁰ “La explicación clásica sobre las *constitutional conventions*, se encuentra en Dicey, Albert Viscount. *Introduction to the Law of the Constitution*, Londres, MacMillan, & Co. Ltd. (1885) 1961. Para una interesante explicación, más reciente, véase: Marshall, G. y Moodle, G.C. (*Some Problems of the Constitution*, Londres, 1967), esp. c. 2.

Las actividades de los abogados están dominadas por el litigio ante los tribunales. Ciertamente, también redactan documentos, celebran negocios jurídicos, asesoran clientes, etcétera, pero siempre con un ojo puesto hacia el resultado probable de un litigio potencial en el que la validez del documento, del negocio o la licitud de la conducta de su cliente puede ser puesta en cuestión. Desde el punto de vista del jurista, el derecho consiste, realmente, en nada más en que consideraciones apropiadas para que los tribunales fundamenten en ellas sus decisiones.¹¹

La perspectiva del jurista se agota con la aceptación indiscutible de *IB* como punto de partida de la filosofía jurídica y de la determinación de su objeto de conocimiento. Pero, quizás, *IB* no requiera ser aceptada de forma incuestionable. Quizás *IB* pueda ser justificada por supuestos más fundamentales. Por tanto, aceptar *IB* no compromete a uno a aceptar la perspectiva del jurista.

Kelsen puede ser tomado como un ejemplo instructivo de un filósofo que adopta la perspectiva del jurista, sin estar consciente de ello. Que al hacerlo, Kelsen no estaba consciente de ello, podría, probablemente, ser en general aceptado. En efecto, la mayoría de los intérpretes de Kelsen no notan, o bien minimizan, esta cuestión. Esto es muy natural. Kelsen mismo dice que él sigue una combinación del método (*approach*) lingüístico y del método (*approach*) institucional:

Cualquier intento para definir un concepto tiene que tener como punto de partida el uso común de la palabra que denota el concepto en cuestión. Al definir el concepto del derecho tenemos que empezar examinando las siguientes preguntas. ¿Los fenómenos sociales, generalmente llamados derecho, presentan una característica común que lo distinga de otros fenómenos sociales de naturaleza similar? ¿Es esta característica de tal importancia... que pueda convertirse en un concepto que sirva para el conocimiento de la vida social?¹²

Pero, de hecho, Kelsen meramente rinde un reconocimiento, no participativo, a lo que considera un procedimiento metodológicamente

¹¹ Mis generalizaciones sociológicas deben ser consideradas como crudas aproximaciones a la verdad. E.g. Existen juristas, especialistas en derecho constitucional, que asesoran sobre la aplicación de las convenciones constitucionales. Pero tales excepciones a la regla general no afecta la confianza en el argumento.

¹² *General Theory of Law and State*, Trad. de Anders Wedberg, Cambridge Mass. Harvard University Press, 1945 (con el *Appendix*. "Natural Law Doctrine and Legal Positivism", trad. por Wolfgang Kraus, versión inglesa de *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg, Pan-Verlag, R. Heise, 1928 [Kant-Gesellschaft, 311; obra reimpressa por Russell & Russell, Nueva York, 1961). pp. 4, véase también 5 y 14 y ss. (Existe versión española de Eduardo García Máynez: *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1949. La segunda edición apareció en 1958 con sucesivas reimpresiones en 1969, 1979, 1983 y 1988), pp. 4-5, 5-6, y 16 y ss.

apropiado. Kelsen nunca examinó seriamente ninguna evidencia lingüística y asumió, dogmáticamente, frente a toda la deslumbrante evidencia en contrario, que el derecho es la única institución social que hace uso de sanciones (distintas a las sanciones divinas).¹³

La clave metodológica que, de hecho, siguió Kelsen, se encuentra en su insistencia en que la teoría jurídica tiene que ser una teoría pura. Kelsen la consideraba doblemente pura: depurada de todo argumento moral y de todo hecho sociológico. Regresaremos más adelante a la cuestión de la pureza con respecto a la moral. Por lo pronto concentrémonos a la pureza con respecto a los hechos sociales. Con esto Kelsen indica su creencia de que el análisis de los conceptos jurídicos y la determinación del contenido de cualquier sistema jurídico no depende, de ninguna manera, de los efectos que el derecho tiene en la sociedad o en la economía. Tampoco implica un examen de las motivaciones de la gente al obedecer el derecho o al violarlo. La imagen del derecho descrito por la metodología de la *Teoría pura* es la del derecho en los libros, un análisis del derecho que usa como materia prima, únicamente compilaciones de precedentes (*law reports*) y compilaciones de leyes (*statute books*). Así, la única justificación posible para que los estudios del derecho ignoren las realidades sociales que yacen detrás del derecho es una concepción del derecho y de los estudios jurídicos que se concentran en la perspectiva del jurista.

Asumiendo que Kelsen abraza la perspectiva del jurista es fácil entender por qué se inclinó hacia dos de sus más conocidas doctrinas. Si el derecho consiste en consideraciones apropiadas para que los tribunales basen en ellas sus decisiones, entonces resulta tentador considerar que todas las normas son dirigidas a los tribunales. Aún más, si se piensa que toda norma determina el resultado de una clase de controversias potenciales, entonces resulta tentador considerar que toda norma establece un recurso judicial (Kelsen dice que toda norma estipula una sanción, pero su noción de sanción es suficientemente amplia para cubrir todos los recursos judiciales, con excepción de los juicios declarativos): Después de todo, todo litigio versa sobre la aplicabilidad o no aplicabilidad de ciertos recursos judiciales. No estoy sugiriendo que estas doctrinas son plausibles ni que son necesari-

¹³ Mi argumento no es que el derecho no recurra a sanciones, meramente que las sanciones juegan un papel muy significativo en normas sociales informales y, también, en organizaciones no jurídicas. Para más detalle, véase mi libro: *Practical reasons and norms* (Londres, pp. 154-162). Véase, también: Oberdiek, H. "The Role of Sanctions and Coercion in Understanding Law and Legal Systems" (en *American Journal of Jurisprudence*, 1977)

rias para la perspectiva del jurista, meramente que se hacen comprensibles asumiendo que Kelsen suscribe esta perspectiva.

La intuición básica dice que el derecho tiene que ver con las razones de los tribunales. Pero no dice que *todas* las consideraciones sobre las cuales los tribunales fundamentan sus decisiones sean consideraciones jurídicas; tampoco desecha esa opinión. Kelsen sí la rechaza; piensa que el derecho consiste en derecho legislado, precedentes y derecho consuetudinario, pero, reconoce que existen otras consideraciones sobre las cuales los tribunales pueden fundamentar sus decisiones. Estas son consideraciones extra-jurídicas. En lo que al derecho respecta, cuando éste se acaba, los tribunales gozan de discreción [para decidir] y, de esta manera, entran en juego otras consideraciones. Las razones de Kelsen para tal postura no tienen nada que ver con *IB*; derivan de otros aspectos de la pureza de la teoría jurídica: pureza con respecto a consideraciones morales.

Para Kelsen es auto-evidente que la teoría jurídica está libre de toda consideración moral. Dada su teoría ética esencialmente emotivista, es prerequisite de la teoría jurídica ser . Pero este argumento, muy aparte de depender de una postura particular sobre la naturaleza de la moral, es notoriamente erróneo. La tarea de la teoría jurídica claramente consiste en el estudio del derecho. Si el derecho es tal que no pueda ser estudiado científicamente, entonces, seguramente, la conclusión tiene que ser que la teoría jurídica no es. Uno puede, incluso, aceptar la conclusión de que si el derecho, efectivamente, supone consideraciones morales y, por tanto, no puede ser estudiado científicamente, entonces la teoría jurídica estudiará sólo aquellos aspectos del derecho que pueden ser estudiados científicamente. Lo que uno no puede concluir es que como únicamente las consideraciones moralmente neutrales pueden ser estudiadas científicamente, entonces el derecho es tal que su estudio no supone consideraciones morales.

Como Kelsen no tiene ninguna buena razón para insistir en que la teoría jurídica debe estar libre de consideraciones morales, [entonces] no tiene ninguna buena razón para delimitar el derecho de la manera en que lo hace. Kelsen está consciente de que los tribunales, efectivamente, fundamentan [sus decisiones] en consideraciones morales. Kelsen considera que el derecho legislado, los precedentes y el derecho consuetudinario, agotan el contenido del derecho, aun cuando está consciente de que los tribunales, muy apropiadamente, fundamentan [sus decisiones] en consideraciones morales que no están en la legislación, en la costumbre o en los precedentes.

Anteriormente señalé que *IB* no requiere que estas consideraciones sean consideradas derecho. Pero, como *IB* postula que al menos algunas de las consideraciones apropiadas de los tribunales son jurídicas, esto impone la carga de explicar, a cualquiera que argumente que algunas de estas consideraciones no son jurídicas, qué diferencia existe entre ellas y las consideraciones jurídicas las hacen no jurídicas y por qué. Kelsen no proporciona tal explicación. La lógica de sus propias doctrinas puede ser usada en contra de él: si el derecho legislado o los precedentes pueden ser representados como instrucciones dirigidas a los tribunales para que éstos apliquen sanciones bajo ciertas circunstancias, de la misma manera pueden serlo las consideraciones morales sobre las cuales es apropiado que los tribunales fundamenten [sus decisiones]. ¿Si todas las consideraciones que guían a los tribunales en la aplicación de sanciones son consideraciones jurídicas, por qué no lo son las consideraciones morales que, de esta manera, realizan parte del derecho, aun cuando no se encuentren en la legislación, en los precedentes o en la costumbre?

La teoría jurídica en Estados Unidos ha sido dominada siempre por la idea de que el derecho es sólo lo que hacen los tribunales. Los teóricos estadounidenses no sólo abrazan la perspectiva del jurista, sino que saltan a la conclusión de que todas las consideraciones que los tribunales pueden usar son jurídicas. La más sofisticada y lograda representación de esta tradición es R. M. Dworkin, quien en una serie de artículos durante los últimos años,¹⁴ desarrolló una teoría del derecho a partir de una teoría de la decisión judicial (*adjudication*).¹⁵ De

¹⁴ La mayoría de los artículos de Dworkin se encuentran recogidos en su libro *Taking Rights Seriously* (Londres, 1977). Véase también su artículo "No right answer" en Hacker, P.M.S. y Raz, Joseph (Eds.), *Law, Morality and Society* (Oxford, Oxford University Press, 1977).

¹⁵ *Adjudication*, en inglés, designa la actividad jurisdiccional de los tribunales al pronunciar sentencias y otras resoluciones. (Cf.: Walter, David M. *Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, 1980, p. 24; Jowitt, E. *The Dictionary of English Law*, Londres, Sweet and Maxwell, Ltd., 1954, t.I, p. 57) En ocasiones la traduciré por 'decisión judicial', 'pronunciamento judicial' o 'jurisdicción' cuando sea apropiado, toda vez que 'adjudicación' en el lenguaje jurídico de la tradición romano germánica significa: "la apropiación... que en herencias y participaciones públicas o subastas suele hacerse de una coasa mueble o inmueble... a favor de alguno, con la autoridad del juez". (Escriche, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, Librería Garnier Hermanos, 1876, p. 89). Asimismo se entiende "declarar el juez a uno... la pertenencia de una cosa" (*ibidem*, p. 90). En Roma se entiende por *adiudicatio* la parte de la fórmula por la cual el juez estaba autorizado a entregar un bien a las partes de un proceso o al fisco (Cf.: Berger, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Nueva York, The American Philosophical Society, 1968, p. 349).

hecho, Dworkin desarrolla una teoría de la decisión judicial y la considera se quiera o no, y sin más argumento, una teoría del derecho. Dworkin señala que los jueces tienen que hacer uso de consideraciones morales, además de derecho legislado y precedentes. Dworkin argumenta que las consideraciones morales que los jueces deben usar pertenecen a una teoría moral que justifica tanto al derecho legislado como a los precedentes que los obligan, i.e. una teoría moral que constituye la ideología del derecho.¹⁶ Se puede estar de acuerdo o en desacuerdo con esta teoría de la decisión judicial, [pero] en cualquier caso uno tiene que plantear una cuestión separada, a saber: ¿cuáles de todas estas consideraciones forman el derecho? Dworkin no se detiene a plantearla; asume de manera incuestionable, sin nunca plantear el supuesto o sin proporcionar razón alguna para ello, que todas las consideraciones que los tribunales usan legítimamente son consideraciones jurídicas.

La identificación de Dworkin de una teoría de la decisión judicial con una teoría del derecho se ve muy natural desde la perspectiva del jurista. Las actividades de los juristas, como vimos, giran, directa o indirectamente, alrededor del litigio ante tribunales. Desde la perspectiva del jurista todas las consideraciones relativas al razonamiento judicial son igualmente relevantes. Los juristas se interesan no sólo en la legislación y en los precedentes sino, también, en otras consideraciones relevantes para el razonamiento judicial.

Consiguientemente, los juristas, respaldados con el conocimiento de que el derecho, por virtud de *IB*, tiene que ver con el razonamiento judicial, no encuentran ninguna razón, desde la perspectiva de sus preocupaciones profesionales, para dejar de identificar la teoría del derecho con una teoría de la decisión judicial.

4. El método¹⁷ institucional

He sugerido que en el desacuerdo entre Kelsen y Dworkin, desde la perspectiva del jurista, el último tiene que ser declarado vencedor. Pero, también hemos visto que ni la intuición básica *IB* ni los límites lingüísticos *CL*, contribuyen a este veredicto; ambos son compatibles tanto con la teoría del derecho de Kelsen como con la de

¹⁶ Cf. “Hard Cases” en *Taking Rights Seriously*, cit., Véase, también mi explicación y crítica in “Professor Dworkin Theory of Rights” (en *Political Studies*, 1978)

¹⁷ En el original: *approach*.

Dworkin.¹⁸ Es la perspectiva del jurista la que pronuncia el veredicto. Sin embargo, hay algo inherente en la adopción de la perspectiva del jurista que la hace no plausible como la posición metodológica fundamental. No hay duda sobre la importancia de la profesión jurídica y de la judicatura en la sociedad. Resulta completamente apropiado hacerlos objeto de un estudio separado y considerar a la teoría jurídica como dicho estudio. Sin embargo, no es razonable estudiar tales instituciones exclusivamente desde la perspectiva del jurista. Su importancia en la sociedad resulta de su interacción con otras instituciones sociales y su preeminencia dentro el más amplio contexto de la sociedad. El derecho es de interés para los estudiosos de la sociedad en general. La filosofía jurídica, especialmente cuando investiga la naturaleza del derecho, tiene que mantenerse alejada de la perspectiva del jurista; no para ignorarla, sino para examinar la ubicación de juristas y tribunales dentro de la más amplia perspectiva de la organización social y de las instituciones políticas en general.

El método (*approach*) institucional ha tenido muchos representantes en la historia de la filosofía jurídica. Su presencia en la filosofía jurídica inglesa se debe principalmente a la influencia de John Austin (quien lo combinaba con el método (*approach*) lingüístico). Austin, siguiendo a Bentham, explica, primeramente, la naturaleza del sistema político y, luego, procede a explicar la naturaleza del derecho, colocándolo dentro del sistema político. H.L.A. Hart es, actualmente, un practicante prominente de este método.¹⁹

En su explicación del surgimiento de las normas secundarias, del contenido mínimo de derecho natural, así como de la separación de los Estados, Hart examina el derecho como implicando el surgimiento de nuevos tipos de instituciones políticas, tanto legis-

¹⁸ Puede argumentarse que evidencia lingüística adicional pueda respaldar a una o a otra teoría. Pienso, sin embargo, que la evidencia Lingüística en sí misma, sin el respaldo de consideraciones teóricas, es probable que no sea decisiva. Véase mi libro *The Authority of Law, Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979. Existe versión española de Rolando Tamayo y Salmorán: *La Autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982. Cap. 3.

¹⁹ Véase su libro: *The Concept of Law* y su artículo “Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law” en Munitz M.K. y Kiefer, H.E. (Eds.). *Ethics and Social Justice*, Nueva York, State University of New York Press, 1970. Vol. IV: *Contemporary Philosophic Thought*, pp. 171-199. Existe versión española de Rolando Tamayo y Salmorán: “La teoría de Kelsen de la unidad del derecho”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, Vol, VII, Núm. 21, septiembre-diciembre 1974, pp. 105-140.

lativas como judiciales, dentro del contexto de necesidades sociales y políticas.²⁰

El método (*approach*) institucional, sometido a las restricciones de CL, parece muy superior a sus dos rivales. El método (*approach*) lingüístico, aunque útil al imponer restricciones y sugerir esclarecimientos, está destinado, sin embargo, a resultados no concluyentes. La perspectiva del jurista, aunque basada en una intuición correcta, es arbitraria como último punto de partida.

El método (*approach*) institucional lucha por presentar un análisis de una institución política que, toda vez que se confirma con CL, debe ser aceptado como el análisis del derecho. Desde su punto de vista, IB es una consecuencia justificable y el desacuerdo señalado anteriormente entre Kelsen y Dworkin se resuelve en favor de Kelsen. Para ilustrar este último argumento, voy a desviarme de las reflexiones puramente metodológicas de estas páginas para indicar, en gruesos lineamientos, algunas de las características de una teoría basada en el método (*approach*) institucional, características relevantes para la cuestión entre Kelsen y Dworkin.²¹

Desde el punto de vista del método (*approach*) institucional, la intuición básica es el punto de partida para una mayor reflexión crítica. Resulta enteramente plausible considerar la noción del derecho vinculada con la del sistema judicial, pero cabe preguntar: ¿cuáles son las características esenciales de un tribunal y por qué son importantes para la organización política de la sociedad?

Tres rasgos caracterizan a los tribunales:

- (1) Conocen controversias con el propósito de resolverlas.
- (2) Pronuncian decisiones *válidas*²² (*authoritative rulings*) las cuales resuelven dichas controversias.

²⁰ Sobre la teoría de Hart en general, véase el artículo de P.M.S. Hacker "Hart's Philosophy of Law" en Hacker, P.M.S. y Raz, Joseph. (eds.), *Law, Morality and Society*. Para una explicación crítica de aspectos relevantes de la teoría de Hart, véase: Finnis, John. "Revolution and Continuity of Law" en Simpson, A.W.B. (Ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 1973, pp. 44-76; Dworkin, R.M. *Taking Rights Seriously*, cit., c. 2; Raz, J. *The Authority of Law*, cit., caps. 5 y 9.

²¹ He explicado con más detalle estas ideas en mi libro: *Practical Reason and Norms*, cit., c. 4 y en mi libro: *The Authority of Law*, cit., c. 3.

²² *Authoritative* en Raz quiere decir 'algo que se presenta como emitido por la autoridad', 'que vale *ex autoritatis*'. En traducciones anteriores a la obra de Joseph Raz la expresión *authoritative* la he traducido como 'dotado de autoridad', indicando con ello 'con la pretensión de autoridad', 'con la pretensión de valer' o 'con obligatoriedad' (Vid.: Raz, Joseph. *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, p. 98 n. b). Por ello he considerado conveniente traducir *authoritative* por 'válido' toda vez que esta expresión recoge perfectamente la idea de valer puesto que ser emitido con autoridad, en el sentido de 'valer', 'ser obligatoria'. No introduzco el neologismo 'autoritativo' porque genera la idea equívoca de autoritario, arbitrariedad, idea que está muy lejos del sentido que Raz da a *authoritative*. 'Válido' aparecerá en cursiva siempre que sea una ocurrencia de *authoritative* en el original.

- (3) En su funcionamiento están obligados a ser guiados, al menos parcialmente, por consideraciones positivas²³ *válidas*.

El primer punto no implica que los tribunales no realicen actividades diferentes a la composición de controversias. Con frecuencia administran inmuebles y quiebras; regulan los asuntos de cierta categoría de gente, etcétera. El punto (1) afirma simplemente que cualesquiera que sean las otras actividades que los tribunales realicen, son tribunales porque, *inter alia*, se esfuerzan en resolver controversias. Este punto, yuxtapuesto con *IB*, puede ser leído como diciendo que es como tribunales, *i.e.* resolviendo disputas, que son relevantes para nuestro entendimiento del derecho. Sin embargo, no estoy del todo convencido de que esto sea así. Parece más plausible que lo relevante para la existencia del derecho sean las otras dos características de los tribunales (que pueden ser, y en muchos sistemas jurídicos son, compartidas por otras instituciones, aunque, quizás, menos importantes). No obstante, no abordaré este punto aquí.

El segundo aspecto de la anterior definición de tribunal, *i.e.* el de que pronuncian decisiones *válidas*, puede parecer auto-evidente. Sin embargo, algunas palabras de explicación con respecto al sentido de resoluciones (*authoritative*) pueden ser requeridas. Primeramente, permítase hacer claro que tanto aquí, como más adelante, uso (*authoritative*) como abreviatura de (*claimed to be authoritative*), *i.e.* por el tribunal o por las personas interesadas o por la organización a la cual pertenecen o a la cual representan. No hay ninguna sugerencia de que el argumento sea moralmente justificado. La opinión de un tribunal sobre los aspectos de una controversia es *válida* y obligatoria de una manera en la que mi opinión no lo es; no porque no tenga ninguna opinión sobre tales controversias (opinión que algunas veces tengo) ni porque mi opinión no sea la de un experto (lo cual podría ser), tampoco porque los tribunales nunca yerren (algunas veces lo hacen). La razón es que la verdadera expresión de la opinión del tribunal es considerada, por él, como una razón para ser seguida, mientras que la ex-

²³ En inglés *positivist*. He preferido ‘positivo’ toda vez que este término recoge perfectamente el sentido que le da Raz (‘razón o consideración ejecutiva’, ‘consideración jurídica, no moral’). No uso ‘positivista’ porque esta expresión nombra corrientes del pensamiento, en vez de normas o resoluciones.

presión de mi opinión no es considerada como una razón para ser seguida, cuando mucho, equivale a informar a las personas interesadas de la existencia de razones, las cuales son, en sí mismas, por completo independientes de mi expresión.

La necesidad del tercer aspecto de la definición, de que los tribunales sean guiados, al menos parcialmente, por consideraciones positivas *válidas*, es claramente apreciada al contemplar su negación. Hay formas de arbitraje en las cuales el árbitro está facultado sólo para juzgar los méritos del caso y pronunciar su laudo sin estar obligado a seguir ningún estándar positivo válido. Podemos imaginar un juicio puramente moral de la misma forma. Las consideraciones positivas son aquellas cuya existencia y contenido pueden ser determinados sin recurrir a ningún argumento moral.²⁴ Las leyes y los precedentes son consideraciones positivas mientras que los principios morales de justicia no lo son. Un juzgador moral fundamentará su deliberación en estándares positivos, pero, no está obligado a considerarlos *válidos*. Sin embargo, no se tiene un tribunal, a menos que éste esté obligado a considerar *válidos* algunos estándares positivos, como la costumbre, la legislación o los precedentes.

Mucho podemos aprender de nuestro entendimiento intuitivo de la naturaleza de los tribunales como instituciones políticas. ¿Cómo podemos usar este entendimiento como base sobre la cual anclar una doctrina completa sobre la naturaleza del derecho? La clave se encuentra en el surgimiento de consideraciones positivas *válidas* como relevantes para nuestro entendimiento de la naturaleza de los tribunales que, de conformidad con *IB*, proporciona la clave institucional de la naturaleza del derecho. Podemos formular un requerimiento adicional para una doctrina apropiada de la naturaleza del derecho.

PA: El derecho consiste sólo de consideraciones positivas *válidas*.

Una analogía con la acción personal ayudará a explicar el argumento. Es posible distinguir entre un estadio deliberativo y uno ejecutivo en la actitud de una persona ante la perspectiva de una cierta acción. El estadio deliberativo, en donde la persona considera los méritos de cursos alternativos de acción, termina cuando llega a la conclusión de qué debe hacer. El estado deliberativo es seguido por un estadio ejecutivo, sólo

²⁴ Nótese que no se requiere que el estándar sea susceptible de ser aplicado sin recurrir a un argumento moral. Una ley que instruya a los tribunales a actuar como si fueran legisladores morales es un estándar positivo.

si la persona se forma la intención de realizar cierto acto. En el estadio ejecutivo la persona se encuentra impuesta a actuar sólo si llega la ocasión. Cuando una intención se forma, la deliberación terminará, aunque puede volver a comenzar y suspenderse la intención o, incluso, revocarse. Algunas veces la intención se convertirá en decisión, indicando su reticencia a reabrir la deliberación. En cualquier caso, la existencia de una intención indica que la cuestión de qué hacer ha sido determinada y que la persona está lista para actuar.

No toda acción es precedida por ambos estadios o por uno de ellos. Algunas veces uno actúa sin deliberación previa o sin intención. Algunas veces un estadio existe sin el otro y, muy frecuentemente, cuando ambos existen los límites entre ellos son en extremo difusos. Sin embargo, la distinción general es de enorme importancia puesto que, precisamente, en el estadio deliberativo es necesario que la gente sea capaz de formar opiniones ponderadas sobre los méritos de cursos alternativos de acción. De esta forma, el estadio ejecutivo es necesario para permitir a la gente planear con antelación, a tener la determinación de actuar con anticipación a la ocasión de la acción.

Para las organizaciones grandes, la distinción entre estadios deliberativo y ejecutivo es esencial para asegurar una acción institucional planeada y eficiente. En instituciones esta división incluye, frecuentemente, una división de responsabilidad entre diferentes personas. Algunos serán responsables de deliberar y decidir; otros, de ejecutar tales decisiones. En general, la cooperación social, tanto negativa (gente absteniéndose de dañarse entre sí) o positiva, pueden ser vistas como una forma de acción social decidida por algunas instituciones sociales y llevadas a cabo por individuos. Algunas sociedades permiten a los individuos una participación en la decisión de sus esquemas de acción cooperativa y en otros planes. Pero, incluso ellos, tienen que distinguir entre el estadio deliberativo, en los cuales los individuos participan en el proceso de toma de decisiones y el estadio ejecutivo, en el cual, quizás esos mismos individuos, están obligados a observar tales decisiones.

En el estadio deliberativo la cuestión sobre qué es lo que debe hacerse está abierto a argumentos basados en toda suerte de consideraciones. Las razones de carácter moral con frecuencia dominarán. Una vez que la cuestión ha sido decidida a satisfacción de la institución social implicada, su órgano apropiado formulará, *i.e.* pronuncia una instrucción *válida*. Como esta instrucción representa la conclusión del estadio deliberativo y pertenece al estadio ejecutivo, será identificable

sin recurrir a argumentos morales. Los argumentos morales pertenecen, por definición, al estadio deliberativo. Sólo consideraciones positivas pueden pertenecer al estadio ejecutivo. Aún más, las consideraciones ejecutivas son obligatorias, puesto que son *válidas*. Aquellos que están sometidos a ellas normalmente no se les permite por la institución social respectiva desafiar o cuestionar su validez o su carácter concluyente. Hacerlo sería reabrir el proceso deliberativo y, al menos que haya limitaciones a la libertad para hacer esto, las consideraciones no pueden ser tenidas como ejecutivas. Mientras el argumento se mantenga libre, el estadio ejecutivo no ha sido alcanzado.

Las consideraciones ejecutivas son, por tanto, consideraciones positivas *válidas*. Esto nos regresa a la definición de tribunal, la cual contiene el hecho de que los tribunales son guiados, en parte, por consideraciones positivas válidas y pronuncian resoluciones *válidas*, las cuales siendo pronunciadas por la acción de los miembros del tribunal, son, también, decisiones positivas *válidas*. Esto sugiere que el derecho consiste en consideraciones positivas *válidas* que obligan a los tribunales y pertenecen, esencialmente, al estadio ejecutivo de la institución política (Estado, Iglesia, etcétera) de la cual es parte. La imagen resultante es que los tribunales aplican tanto consideraciones jurídicas (*i.e.* positivas *válidas*) como no jurídicas. Los tribunales fundamentan sus decisiones tanto en razones ejecutivas como deliberativas, sin embargo, el derecho pertenece solamente al primer tipo.

La imagen de los dos estadios que he presentado puede parecer incongruente con una doctrina que sostiene que los tribunales son guiados por consideraciones que pertenecen a ambos estadios. Pero esto se debe meramente a la excesiva simplificación en la representación de los dos estadios hecha anteriormente. Considérese de nuevo el caso de una decisión individual. Una persona puede distribuir el proceso de toma de decisión, moviéndose hacia el estadio ejecutivo en varios pasos separados. Primero, decide, por ejemplo, actuar en base a consideraciones económicas y descarta consideraciones de prestigio. Luego, decide que una, de la media docena de alternativas que le están abiertas, debe desecharse, toda vez que, al menos una de las otras, está mejor respaldada por consideraciones económicas, etcétera. El derecho, con frecuencia, procede de manera similar. En muchos casos las leyes no representan sino el primer paso hacia un estadio ejecutivo. Estas leyes puede que requieran ser complementadas mediante reglamentos y, quizás, también, por otras acciones administrativas adicionales. Algunas veces, el litigio llega a los tribunales en

materias que no han alcanzado un estadio ejecutivo en el asunto en cuestión y los tribunales tienen que recurrir a consideraciones no-jurídicas, *i.e.* no ejecutivas, para resolver la controversia. Aún esta imagen es excesivamente simplificada. Parece sugerir *e.g.* que la supervivencia de un estadio deliberativo en el nivel de la resolución judicial (*adjudication*) es lamentable. Esto está lejos de la verdad; frecuentemente resulta ventajoso para una persona, mientras se forma una intención general de antemano (pasaré la noche en Nottingham), dejar los detalles precisos para el último momento (una vez ahí, escogeré hotel). El mismo tipo de razones sugieren que con frecuencia, especialmente cuando se tratan amplias categorías, es mejor no fijar de manera muy inflexible los detalles precisos de antemano. Es mejor inclinarse por razones ejecutivas, *i.e.* normas, que fijan sólo el marco general y dejan a los tribunales espacio para aplicar razones deliberativas dentro de ese cuadro general.

Sea como fuere, nuestra preocupación aquí no es comentar diferentes políticas de creación jurídica, sino explicar la naturaleza del derecho. Nuestro análisis produce sólo un elemento: el derecho consiste en consideraciones positivas válidas aplicadas por los tribunales. Claramente no todas las consideraciones que satisfacen esta condición son parte del derecho. Otras condiciones tienen que ser adicionadas. Sin embargo, que el derecho consista en consideraciones aplicables por los tribunales (como lo requiere *IB*) que son *válidas* y positivas es sugerido por la definición de tribunal y respaldado por la distinción común entre dos funciones de los tribunales como creadores y aplicadores del derecho que, *grosso modo*, coincide con la distinción entre casos en los cuales el derecho es indeterminado (*unsettled*) y casos en que no. Esto, además, se encuentra respaldado por el hecho de que cualquier análisis del derecho basado en parte en esta característica centra su atención en una distinción de importancia general para la organización social, *i.e.* la distinción entre los estadios deliberativo y ejecutivo.

5. ¿Es la filosofía jurídica libre de valores

El análisis delineado anteriormente intenta mostrar que, al nivel de la más alta abstracción filosófica, la doctrina de la naturaleza del derecho puede y debe estar interesada en explicarlo dentro del más amplio contexto de las instituciones sociales y políticas. Muestra que la perspectiva del jurista es un punto de partida arbitrario para la filosofía

jurídica, el cual ignora el contexto político más amplio en el que el derecho se encuentra anclado. Muestra, también, que, desde este punto de vista, la inclinación a identificar la teoría del derecho con una teoría de la decisión judicial e identificar las consideraciones jurídicas con todas aquellas que son apropiadas para los tribunales, se basa en una doctrina miope que ignora la conexión del derecho con la distinción entre consideraciones ejecutivas y deliberativas.

Puede pensarse que los argumentos de la última parte respaldan el positivismo contra el derecho natural. Pero no es así. Es cierto que los positivistas caracterizan a las consideraciones jurídicas como *válidas* y positivas.²⁵ Sin embargo, no son los únicos. Las teorías de varios iusnaturalistas prominentes satisfacen todas las características que constituyen la doctrina sobre la naturaleza del derecho anteriormente explicada.²⁶ Aún persiste la cuestión general sobre el carácter moral de la doctrina de la naturaleza del derecho. ¿Es una doctrina moral, basada en consideraciones morales o no?

Claramente, la teoría de la decisión judicial (*adjudication*) es una teoría moral. Se ocupa de todas las consideraciones que afectan el razonamiento en los tribunales, consideraciones jurídicas como no-jurídicas. Al pronunciarse sobre cuáles consideraciones extra-jurídicas tienen fuerza y qué peso les corresponde, ésta se embarca en un argumento moral. Cuando la doctrina de la naturaleza del derecho se identifica con una doctrina de la decisión judicial, se convierte en una teoría moral. La cuestión de cuál es el derecho de Inglaterra se identifica con la cuestión sobre en qué consideraciones deben fundamentar los tribunales sus decisiones. Claramente, ésta es una cuestión de política moral, al menos, en cuanto se ocupa del contenido de una o de otra de las consideraciones extra jurídicas. Por ejemplo, la cuestión de si actualmente un tribunal inglés está facultado para declarar nula y sin efectos una resolución ministerial sobre la base de que viola los derechos humanos, es claramente una cuestión moral y política. Esta es una cuestión a la cual uno puede esperar una respuesta proveniente de una teoría completa de la decisión judicial que especifique todas las consideraciones que los jueces deben usar y el peso que les corres-

²⁵ Aunque, para algunas dudas sobre si Hart satisface esta condición, véase: Soper, E. P. "Legal Theory and the Obligation of the Judge: The Hart-Dworkin Dispute", en *Michigan Law Review*, 1977, p. 473. y Lyons, D. "Principles, Positivism, and Legal Theory.- Dworkin Taking Rights Seriously", en *Yale Law Journal*, 1977, p. 415.

²⁶ Véase, e.g. Fuller, Lon. *The Morality of Law*, Cambridge, Mass., Harvard 1964; Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1979.

ponde. Si la teoría de la decisión judicial es una teoría del derecho, si todas las consideraciones que deben ser usadas por los tribunales son consideraciones jurídicas, entonces la teoría sobre la naturaleza del derecho es una teoría moral.

Una conclusión diferente surge si uno sigue los argumentos basados en el método (*approach*) institucional, presentados anteriormente. Puesto que el derecho pertenece al estadio ejecutivo, entonces éste puede ser identificado sin recurrir a argumentos morales, los cuales pertenecen, por definición al estadio deliberativo. La doctrina de la naturaleza del derecho proporciona una prueba para identificar el derecho, cuyo uso no requiere de argumentos morales ni de otros argumentos evaluativos. Pero no se sigue que uno pueda defender la propia doctrina de la naturaleza del derecho sin usar argumentos evaluativos (aunque no necesariamente morales). Su justificación está vinculada a un juicio evaluativo sobre la importancia relativa de varias características de la organización social y éstas reflejan nuestros intereses y preocupaciones morales e intelectuales.