

**LA TEORÍA DEL DERECHO COMO POSIBILIDAD.
REFLEXIONES SOBRE LA NATURALEZA Y EL CONCEPTO DE
DERECHO**

**Legal theory as a possibility.
Reflections on the nature and the concept of law**

*Esteban Pereira Fredes**

Resumen: Se examina en forma crítica la propuesta de Joseph Raz respecto a distinguir entre la naturaleza y el concepto de derecho, identificando el éxito epistémico de la teoría del derecho en la explicación de las propiedades esenciales de lo jurídico, y no en la determinación del significado del término ‘derecho’. Se sugiere que las condiciones de posibilidad de la filosofía jurídica pueden satisfacerse desde el análisis conceptual, sin renunciar a los postulados a partir de los cuales se constituyó la teoría del positivismo jurídico, en tanto comprensión moderna del derecho.

Palabras Clave: Teoría del derecho - concepto - naturaleza - análisis conceptual - positivismo jurídico.

Abstract: The article critically examines Joseph Raz’s approach regarding the distinction between the nature and the concept of law, identifying the epistemic success of legal theory with explaining the essential properties of law and not with determining the meaning of the term ‘law’. It is suggested that the possibility conditions of legal philosophy can be met by conceptual analysis, without renouncing the principles from which the theory of legal positivism as a modern understanding of law was formed.

Keywords: Legal theory - concept - nature - conceptual analysis - legal positivism.

1. Introducción

La pertinencia de la teoría del derecho como disciplina puede estimarse como un asunto indisputable por un número significativo de entre quienes se dedican a ella. Sin embargo, cuando su existencia se asocia a la verificación de ciertas condiciones de posibilidad de la misma, la cuestión puede devenir en controvertible. El

* Profesor Instructor, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Correo electrónico: esteban.pereira@uai.cl.

Agradezco las observaciones que formuló a una versión anterior de este trabajo el profesor Fernando Atria Lemaitre, durante su presentación en la IV Jornada Chileno-Argentina de Filosofía del Derecho, desarrollada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, entre el 11 y 12 de noviembre de 2011. Asimismo, a los comentarios que efectuó a borradores anteriores el profesor Héctor Morales Zúñiga.

Este artículo fue recibido el 23 de noviembre del año 2012, siendo aprobada su publicación con fecha 10 de diciembre de 2012.

presente trabajo tiene por objetivo analizar los términos conforme a los cuales se ha tematizado la posibilidad de la teoría del derecho, en el contexto contemporáneo de la filosofía analítica del derecho.

En la primera sección se presenta el análisis conceptual, distinguiendo las alternativas de comprensión, en cuya virtud las afirmaciones conceptuales pueden ser satisfactorias, e identificando su interés metodológico en la determinación del concepto de derecho.

En la segunda sección se examinan las contribuciones de Joseph Raz respecto a diferenciar la naturaleza y el concepto de derecho, asociando los propósitos de la teoría del derecho a la explicación de la naturaleza de lo jurídico.

En la tercera sección se evalúan los sentidos en que puede resultar problemático este esquema para la investigación filosófica en el ámbito del derecho. Sostendré que las condiciones de posibilidad de la teoría del derecho no deben predicarse necesariamente de la determinación de la naturaleza del derecho como tal, sino que puede conciliarse de manera consistente la búsqueda del concepto de derecho con la metodología descriptiva que implícitamente reclama la explicación de la naturaleza del derecho. La adopción de la tesis de la naturaleza del derecho conlleva paradójicamente renunciar a su comprensión en términos modernos, compromiso que estaba en juego al momento de constituirse la tradición del positivismo jurídico como una teoría moderna del derecho.

2. Derecho, análisis conceptual y la búsqueda del concepto

La publicación de *El Concepto de Derecho* en 1961 representó el punto cúlmine en el desarrollo del proyecto de la tradición analítica en filosofía del derecho, iniciada por los trabajos de Bentham y Austin durante el siglo XIX. En su obra, H. L. A. Hart develó una suerte de paradoja en la reflexión jurídica: no obstante todos los ciudadanos se relacionan en forma eficiente con el mundo jurídico, cumpliendo las obligaciones y deberes impuestos por las distintas reglas jurídicas, los teóricos del derecho no logran dar cuenta de un concepto acabado de derecho. El quiebre entre el uso práctico del derecho y su indeterminación conceptual debía tematizarse a la luz del abandono de la teoría del derecho más relevante hasta la primera mitad del siglo XX, es decir, la teoría imperativista de John Austin.

El interés de Hart por la conceptualización del derecho se explica por su vinculación a una concepción cotidianista en filosofía analítica en general, junto a la formulación de los postulados del análisis conceptual bajo el contexto jurídico en particular. La preocupación por los conceptos utilizados en nuestras prácticas lingüísticas cotidianas en la filosofía analítica configuró una forma de estudio, que apelaba a recopilar usos de ciertos conceptos cotidianos para resolver problemas filosóficos. Una comprensión sustantiva de dicha tradición filosófica abrazó la metodología del análisis filosófico, entendiendo por “análisis” lo que pareciese

querer decir, esto es, la descomposición de algo en sus partes constituyentes, pues el análisis filosófico no presenta una gran distancia de otros tipos de análisis, como lo son el químico o el microfísico.

Las influencias de J. L. Austin y P. F. Strawson, a quienes Hart agradece en el Prefacio a la Edición Inglesa de su obra, dan cuenta de su conexión con el análisis conceptual en la filosofía analítica. De acuerdo con Austin, el análisis lingüístico no puede tener la pretensión de ser la última palabra en la reflexión filosófica, pero sí forma parte de los recursos necesarios para el desarrollo de dicha actividad. En sus términos, “[c]iertamente, pues, el lenguaje ordinario no es la última palabra: en principio en todo lugar puede ser complementado y mejorado y suplantado. Pero recordemos, es la *primera* palabra”.¹ Al analizar las palabras no solo se consideran las palabras o sus significados, sino que también las realidades a las cuales nos referimos utilizando las palabras, agudizando nuestra comprensión de los fenómenos.²

Desde el punto de vista de Strawson, en cambio, el análisis del lenguaje constituye la filosofía misma. La filosofía analítica se ocupa de ideas o conceptos y de ahí que el filósofo debiese confeccionar una teoría sistemática y explícita del uso de nuestros conceptos. Siguiendo a Strawson, “[...] el título de “filosofía analítica”, que ella misma se ha autootorgado, sugiere que la descripción apropiada de su actividad favorita es el “análisis conceptual””.³ Tal descripción sugiere la imagen de un trabajo intelectual que descompone ideas o conceptos, descubriendo los elementos que forman ambos términos.

Para refinar esta comprensión, Strawson formuló una analogía de la filosofía analítica con la gramática. El dominio de una práctica gramatical no conlleva necesariamente un dominio explícito de la teoría de esa práctica. Por ejemplo, un niño aprende a hablar gramaticalmente mucho antes de que oiga hablar de gramática, luego una persona puede hablar gramaticalmente, sin poder señalar cómo lo hace y sin lograr enunciar las reglas o principios sistemáticos, en virtud de los cuales sus palabras constituyen una oración gramaticalmente correcta. Asimismo, nosotros tenemos un enorme y variado conjunto de conceptos y palabras que expresan a tales conceptos, un rico bagaje conceptual que en la práctica usamos, pero del cual no podríamos enseñar la teoría de su empleo. Si al gramático le compete elaborar una explicación sistemática del sistema de reglas que nos sujetan sin esfuerzo cuando hablamos gramaticalmente, “el filósofo lo hace para conseguir una explicación sistemática de la *estructura conceptual* general de la que nuestra práctica diaria muestra que tenemos un dominio tácito e

¹ J. L. AUSTIN: “Un alegato en pro de las excusas”, en del mismo *Ensayos Filosóficos*, Alianza, Madrid, 1989 p. 177.

² J. L. AUSTIN: “Un alegato en pro de las excusas”, p. 175.

³ P. F. STRAWSON: “La filosofía analítica: dos analogías”, en del mismo *Análisis y metafísica: una introducción a la filosofía*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 44.

inconsciente”⁴. De ahí que para Strawson el análisis conceptual estuvo ligado a la explicitación de la teoría del uso de los conceptos más básicos, mediante los cuales hacemos referencia al mundo y nos relacionamos con los demás, que constituyen la estructura general del pensamiento humano.⁵

Para Hart, *El Concepto de Derecho* sugería un ensayo de teoría jurídica analítica porque “se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del derecho o política jurídica”.⁶ Advirtió que varios problemas ahí tratados dicen relación con el significado de los términos en cuestión, comenzando con el concepto de aquello que motivó el título de su obra.⁷ Ahora bien, ¿qué importa el análisis conceptual en el marco de la teoría del derecho? Según Brian Bix, una afirmación conceptual no es contrastable o susceptible de falsación, del modo en que lo es una teoría explicativa, y por eso es que el mérito de la misma únicamente podría ser evaluado a la luz del determinado propósito de dicha afirmación.⁸ En términos generales, las definiciones conceptuales admiten alguno de los siguientes objetivos: (i) buscar y explicar los usos lingüísticos; (ii) descubrir el significado de un concepto que subyace de nuestras prácticas institucionales; y (iii) formular un criterio o estándar normativo el cual debe satisfacer la noción para que pueda ser aplicada.⁹ De ahí que el éxito de una alternativa conceptual en la teoría del derecho, vinculándola a la forma más satisfactoria de definir a lo jurídico, depende del propósito que específicamente persigue la aproximación conceptual y, a juicio de Bix, las afirmaciones conceptuales que se esgrimen en el ámbito jurídico se circunscriben a las dos últimas alternativas.

De acuerdo con lo anterior, el propósito de Hart podría identificarse principalmente en la determinación del significado del concepto de derecho y, de manera secundaria, sobre el examen de nuestros usos lingüísticos cotidianos y la forma en que éstos dependen del contexto social bajo el cual se formulan. Al respecto, Hart delimitó los objetivos de su investigación, afirmando que “[p]orque no pretendemos identificar o regular de esta manera el uso de palabras como “derecho” o “jurídico”, es que este libro se ofrece como una elucidación del concepto de derecho, y no como una definición de “derecho” de la que podría naturalmente esperarse que proporcionara una regla o reglas para el uso de esas expresiones”.¹⁰ En forma explícita el autor descartó que su empresa se encontrare

⁴ P. F. STRAWSON: “La filosofía analítica: dos analogías”, p. 50.

⁵ Una interpretación de la obra de P. F. Strawson en términos de su rechazo a los postulados del naturalismo filosófico y su valoración por la diversidad humana, en Esteban PEREIRA FREDES: “Strawson y la embestida contra el cientificismo”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 25, 2007, pp. 343-359.

⁶ H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977), p. xi.

⁷ Un estudio conceptual similar en la filosofía analítica, que es objeto de análisis por Joseph Raz, puede encontrarse en Gilbert RYLE: *El concepto de lo mental*, Paidós, Barcelona, 2005.

⁸ Brian H. BIX: *Teoría del Derecho: ambición y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 29.

⁹ Brian H. BIX: *Teoría del Derecho: ambición y límites*, pp 33-38.

¹⁰ H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho*, pp. 263-264.

comprometida con una determinada justificación moral o valorativa, o bien versare sobre la construcción normativa de un cierto estándar.¹¹ Así, si la investigación de Hart se encuentra relacionada con el estudio de un concepto, se asume que su construcción de una teoría general del derecho requiere satisfacer pretensiones de necesidad y esencia. De ahí que el análisis conceptual, en principio, debe formularse en términos necesarios o esenciales, sin afirmar que todos los conceptos deben ser analizados de esa forma.¹²

En la concepción hartiana no es claro si su investigación se encuentra reconducida a alcanzar *el* concepto de derecho o solo proporcionar *un* concepto de derecho.¹³ De la primera fórmula se sigue que su esfuerzo teórico buscaba identificar al único concepto de derecho posible, formulando una conceptualización que revista caracteres de universalidad y necesidad. La segunda perspectiva, por su parte, implica que la articulación conceptual reconoce la coexistencia de otros conceptos de derecho, asumiendo una configuración contingente de aquel. Bajo tales alternativas, la teoría del derecho podría adscribirse al ofrecimiento exitoso del concepto de derecho, así como de nuestro concepto de derecho. En otros términos, el análisis conceptual en el ámbito jurídico puede entenderse como la explicación de la naturaleza del derecho o bien sobre la determinación del concepto de derecho.¹⁴

3. Teoría, naturaleza y necesidad en lo jurídico

Para Hart no había, en estricto rigor, una distinción sustantiva entre ambas empresas. Esto se desprende de sus palabras al referirse a los problemas

¹¹ H.L.A. HART: “Post Scriptum”, *Estudios Públicos*, 65, 1997, pp. 227-228.

¹² Respecto a las particularidades que enfrenta el estudio sistemático de los conceptos jurídicos, puede consultarse H.L.A. HART: “Definition and Theory in Jurisprudence”, en del mismo *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 21-48.

¹³ Una aproximación compartida al problema es interpretar el análisis conceptual de Hart como una propuesta acerca de *un* concepto de derecho. Según Andrei Marmor, “[...] estaba muy claro para Hart que la palabra “derecho” tiene más de un significado [...]”. Véase Andrei MARMOR: *Interpretación Jurídica y Teoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 17. Para John Finnis, “[...] a pesar del artículo definido “el”, en el libro de Hart es evidente que existen muchos conceptos de derecho, e incluso conceptos de derecho propios de los estados nacionales”. John FINNIS: “Natural Law: The Classical Tradition”, en Jules COLEMAN y Scott SHAPIRO, eds., *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law* (Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 15.

¹⁴ Jules L. Coleman y Ori Simchen han identificado ocho problemas recurrentes en la filosofía del derecho contemporáneo, diferenciando entre otras, cuestiones asociadas a preguntas sobre: ¿qué es el derecho?; ¿qué es la naturaleza del derecho?; ¿cuál es el significado de derecho?; ¿cuál es el concepto de derecho?; ¿cuál es el significado del concepto de derecho? Jules L. COLEMAN y Ori SIMCHEN: “Law”, *Legal Theory*, 9, 2003, p. 5. De igual modo, Scott J. Shapiro sugiere que bajo el actual proceso de autocomprensión de la jurisprudencia analítica se presentan como preocupaciones disímiles, preguntarse por la identidad de la pregunta ¿qué es el derecho? a aquella relativa a determinar ¿qué es la naturaleza de una cosa? Scott J. SHAPIRO, *What Is Law (and Why Should We Care?)*, en del mismo *Legality* (The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge MA, 2011, pp. 1-34.

recurrentes que impedían a la filosofía del derecho realizar exitosamente su labor conceptual. Según Hart, “[d]istinguiremos aquí tres de esos principales problemas recurrentes, y mostraremos después por qué ellos se presentan juntos bajo la forma de la exigencia de una *definición* del derecho o de una respuesta a la pregunta “¿qué es derecho?”, o a preguntas estructuradas más oscuramente, tales como “¿cuál es la naturaleza (o esencia) del derecho?””¹⁵ La diferencia entre ambas preguntas parecía ser una cuestión de intensidad en la complejidad de la tarea, pero la respuesta que era afectada por los problemas denunciados por Hart, podía ser la misma para efectos del concepto de derecho así como respecto a su naturaleza.¹⁶

La teoría analítica del derecho heredera de los planteamientos hartianos tuvo por finalidad descubrir o explicar la naturaleza del derecho.¹⁷ La cuestión acerca de en qué consiste la naturaleza de lo jurídico se resuelve en términos de características o propiedades esenciales que lo constituyen y definen, aludiendo a las condiciones de verificación del derecho, las cuales determinan que lo jurídico sea el tipo de cosa que es. El análisis conceptual en la filosofía analítica del derecho se vale de una serie de conceptos del fenómeno jurídico, en la medida en que entiende que la explicación de un concepto equivale a la explicación de la naturaleza del objeto cuya conceptualización se persigue.¹⁸ Esgrimir propiedades esenciales en el fenómeno jurídico sugiere que existen caracteres que el derecho debe necesariamente contemplar en cualquier momento y en cualquier lugar. Así, la teoría del derecho se preocuparía de la naturaleza del derecho desde un punto de vista abstracto y no desde su determinada expresión en un sistema jurídico concreto.¹⁹

Julie Dickson sostuvo que los objetivos de la jurisprudencia analítica se encuentran asociados a la identificación y análisis de las características que hacen al derecho lo que es. Luego, el éxito de una teoría del derecho de esta línea se define en torno a su capacidad para formular proposiciones acerca del derecho que cuentan con dos requisitos: (i) son necesariamente verdaderas; y (ii) explican

¹⁵ H.L.A. HART: *El Concepto de Derecho*, p.: 7.

¹⁶ Dada esta vocación conceptual de los teóricos del derecho positivistas, Ronald Dworkin advierte que estas teorías semánticas del derecho incurren en el aguijón semántico, ocultando el desacuerdo teórico sobre el derecho mediante definiciones lingüísticas convencionales. Véase, Ronald DWORKIN: *El imperio de la justicia* Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 15-43; 44-45.

¹⁷ Juan B. ETCHEVERRY: *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Comares, Granada, 2009, p. 14. En este sentido, Philip Soper entiende por teoría del derecho “[...] aquel cuerpo de pensamiento especulativo acerca de la naturaleza del derecho que ha predominado en la jurisprudencia analítica desde las conferencias de John Austin sobre esa cuestión, dictadas hace un siglo y medio”. Véase, Philip SOPER: *Una teoría del derecho*, Centro de Estudios, Constitucionales, Madrid, 1993, p. 13.

¹⁸ Juan B. ETCHEVERRY: *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*: p. 14.

¹⁹ Julie DICKSON: *Evaluación en la Teoría del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2006, p. 22.

adecuadamente la naturaleza del derecho.²⁰ Quisiera detenerme en este segundo punto. Una explicación adecuada de la naturaleza del derecho es tributaria de su capacidad para formular proposiciones necesariamente verdaderas, pero ello constituye una condición necesaria y no suficiente para el éxito de la empresa explicativa. Es efectivo que solo proposiciones necesariamente verdaderas sobre el derecho son aptas para dar cuenta de su naturaleza, pues afirmaciones contingentemente verdaderas solo alcanzan características contextualizadas, que no resultan esenciales para la verificación de esta institución social. Pero el problema de explicar las propiedades esenciales del derecho no se traduce en identificar *ciertas* propiedades y no otras, sino que la identidad de una teoría del derecho como parte de la filosofía analítica, bajo estos términos, se define *porque* considera que el derecho posee propiedades esenciales y, por consiguiente, reconoce su tarea en la identificación y explicación de dichas características.²¹

Una teoría del derecho de este carácter se encuentra comprometida en formular proposiciones necesariamente verdaderas sobre lo que algo debe poseer para ser considerado derecho y, además, en que sus explicaciones sean adecuadas.²² Este último estándar se encuentra asociado a la incorporación del punto de vista interno de las reglas en su contenido explicativo. Una explicación sobre la naturaleza del derecho será adecuada en la medida en que se ajuste a la comprensión de la forma en que las reglas se presentan para los individuos, quienes las aceptan como criterios de conducta. El análisis hermenéutico esgrimido por Hart a la teoría del derecho, según el cual el derecho es entendido como una práctica social, exige analizar las acciones y prácticas de acuerdo al significado que ambas nociones representan para los partícipes de la práctica. Es decir, una teoría jurídica exitosa está sujeta a exigencias de articular explicaciones que sean sensibles a la perspectiva que tienen los individuos que se encuentran bajo el ámbito de aplicación del fenómeno jurídico.²³

²⁰ Julie DICKSON: *Evaluación en la Teoría del Derecho*: 21. Para una caracterización de la teoría jurídica en torno a la coexistencia de (i) instituciones normativas coercitivas y (ii) una síntesis de otros discursos sobre el derecho desarrollados mediante métodos socio-históricos de estudio. Véase, Hanoch DAGAN y Roy KREITNER: “The Character of Legal Theory”, *Cornell Law Review*, 96, 2011, pp. 680-687. Una perspectiva escéptica sobre la justificación y los propósitos de la filosofía del derecho en Danny PRIEL: “The Boundaries of Law and the Purpose of Legal Philosophy”, *Law and Philosophy*, 27, 2008, pp. 643-695.

²¹ Julie DICKSON: *Evaluación en la Teoría del Derecho*, p. 27.

²² Según Pablo E. Navarro y María Cristina Redondo, el progreso en la filosofía del derecho se encuentra asociado a distintos enfoques correlativos a la (i) obtención de explicaciones verdaderas y adecuadas a un cierto auditorio; (ii) reconstrucción de criterios de corrección para el uso de conceptos; o (iii) reformulación de problemas filosóficos tradicionales, conectando e integrando argumentos. Pablo NAVARRO y María Cristina REDONDO: “Filosofía del derecho: problemas y posibilidades”, en del mismo, comps., *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002, pp. 17-31.

²³ Julie DICKSON: *Evaluación en la Teoría del Derecho*, p. 32.

Una aproximación paradigmática en este propósito de formular una explicación teórica de la naturaleza del derecho se encuentra en las contribuciones de Joseph Raz.²⁴ Me centraré en sus intuiciones desarrolladas en “¿Puede haber una teoría del derecho?” De acuerdo con Raz, una teoría del derecho tiene por objetivo otorgar una explicación de la naturaleza del derecho como algo distinto del concepto de derecho.²⁵ Así, una teoría del derecho será exitosa, esto es, será lo que pretende ser, si satisface dos criterios: “en primer lugar, si consiste en proposiciones acerca del derecho que son necesariamente verdaderas y, en segundo lugar, si estas proposiciones explican lo que es el derecho”.²⁶ Según lo indiqué, la filosofía del derecho y, en particular, el análisis conceptual de manera tradicional han comprendido su propósito como explicando el concepto de derecho. Pero dicha empresa solo constituye una tarea secundaria para la teoría del derecho, concibiendo en la explicación de la naturaleza del derecho su labor principal. El rol secundario del estudio del concepto de derecho se explica en tanto sección de la tarea de explicar la naturaleza del derecho consistente en explicar cómo las personas conciben al derecho y, por consiguiente, si el derecho existe en una comunidad política cuya población tiene el concepto de derecho, resulta ser una preocupación relevante determinar si el derecho es afectado por su concepto.²⁷

La relación entre la naturaleza del derecho y su concepto se conjuga en el éxito de la actividad epistémica de la filosofía jurídica. Dado que el derecho consiste, piensa Raz, en el tipo de institución social que es designado por el concepto de derecho, alcanzar una mejor comprensión de la naturaleza del derecho supone, a su vez, un entendimiento del concepto de derecho, que asimismo se refina y mejora de manera correlativa. Si el derecho tiene propiedades esenciales es fundamental contar con un conocimiento acabado del objeto al cual se hace referencia con el concepto de derecho. De ahí que podría entenderse que Raz asume una comprensión esencialista, según la cual el derecho poseería propiedades esenciales que son independientes de todo intento de conceptualización. Lo anterior genera dificultades, ya que si bien Raz no expresa una línea argumentativa platónica ni parece entender que al derecho puede aplicársele el esquema de las clases naturales, del modo en que opera para el estudio de las nociones de “tigre”, “oro” y “agua”, es efectivo que su análisis conceptual está comprometido con la noción de necesidad.²⁸

²⁴ De acuerdo con Leslie Green, la influencia de Joseph Raz en la filosofía jurídica puede evaluarse sobre la base de sus tesis acerca de la: (i) relación entre derecho y discreción; (ii) justificación de la autoridad; y (iii) sobre el vínculo entre pluralismo valorativo y pluralismo cultural. LESLIE GREEN: “Three Themes from Raz”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 25(3), 2005, pp. 503-523.

²⁵ Paula GAIDO: “The purpose of legal theory: Some problems with Joseph Raz’s view”, *Law and Philosophy*, 30, 201, p. 685.

²⁶ Joseph RAZ: “¿Puede haber una teoría del derecho?”, en del mismo *et al. Una Discusión sobre la Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 48.

²⁷ Joseph RAZ: “¿Puede haber una teoría del derecho?” p. 56.

²⁸ Tal como ocurre con la identificación del agua en relación con su estructura atómica como H₂O, la búsqueda de las propiedades necesarias y esenciales del derecho supondría análogamente identificar elementos estructurales invariables. Cabe señalar que tampoco Raz defendió un entendimiento del derecho como un designador rígido presente en distintos mundos posibles, de

Brian Bix ha sugerido que la necesidad en el pensamiento de Raz radica en una versión suave del término, desarrollado en base a las conexiones internas del concepto de derecho, como lo sería su pretensión de autoridad, que se formula de manera contingente en el contexto de una comunidad determinada. De manera oscura, Bix explica a la necesidad articulada por Raz, como “[...] una noción más wittgensteniana (o hegeliana), una necesidad relativa a una sociedad o a un tiempo o “modo de vida””.²⁹

Según Raz, los conceptos son formas de concebir el mundo que se encuentran entre dos dimensiones de análisis, por un lado, las palabras mediante las cuales se expresan junto con sus significados y, por otro, la naturaleza de las cosas a las cuales aquellos se aplican. Se utiliza el lenguaje, de acuerdo con las palabras y sus significados, así como se usan los conceptos para identificar las cosas y su naturaleza.³⁰ De acuerdo con este enfoque, los conceptos se definen en términos de construcciones culturales y particularmente locales, y de ahí que “[h]ablar *del* concepto de derecho en realidad quiere decir *nuestro* concepto de derecho”.³¹ La contraposición entre concepto y naturaleza se asocia a la tensión entre la contingencia y lo necesario. El carácter de *nuestro* concepto de derecho sugiere que el concepto de derecho se origina por la comunidad que en particular lo formula, existiendo o siendo posible la existencia de un conjunto variado de explicaciones acerca de tal concepto. Así, en otro lugar, Raz ha indicado que “[n]o existe una única explicación correcta de un concepto, nada que pueda calificarse como *la* explicación del concepto de derecho. Pueden existir un gran número de explicaciones correctas y alternativas de un concepto”.³² Sobre este aspecto, no parece tratarse de diferentes concepciones o entendimientos de un mismo concepto, sino que existen diversos conceptos de derecho que se relacionan con nuestro concepto de derecho.³³ La contextualidad del concepto de derecho se expresa en sus dimensiones culturales e históricas, ya que “[e]l concepto de derecho es un producto histórico, que cambia a través del transcurso de los años,

acuerdo con la semántica de Saul Kripke. Al respecto, véase Saul KRIPKE: *Naming and Necessity*, Basil Blackwell, Oxford, 1981, pp. 3-21. Un examen crítico de los argumentos de Kripke en cuanto a la comprensión de los nombres propios como designadores rígidos y el valor veritativo de las oraciones de identidad en las cuales aquellos se utilizan, en David BOSTOCK: “Kripke on Identity and Necessity”, *Philosophical Quarterly*, 27(109), 1977, pp. 313-324. Una estrategia de comprensión del derecho como designador rígido en términos funcionales, puede encontrarse en Michael S. MOORE: “Law as a Functional Kind”, en Robert P. George, ed., *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 188-242.

²⁹ Brian H. BIX: “Raz on Necessity”, *Law and Philosophy*, 22, 2003, pp. 555-556.

³⁰ Eugenio BULYGIN: “Raz y la teoría del derecho. Comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del derecho?” de Joseph Raz”, en Joseph Raz *et al.* *Una Discusión sobre la Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 100.

³¹ Joseph RAZ: “¿Puede haber una teoría del derecho?”, p. 66.

³² Joseph RAZ: “Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison”, en el mismo *Between Authority and Interpretation* Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 57.

³³ Así se desprende de Joseph RAZ: “¿Puede haber una teoría del derecho?”, pp. 66-67.

el concepto que tenemos es más reciente que la institución para cuya designación se utiliza”.³⁴

Si bien el concepto de derecho es local, la naturaleza del derecho, de igual modo que la teoría del derecho, no podrían serlo. Veamos en qué consiste la naturaleza del derecho. En los términos de Raz, la naturaleza del derecho se vincula a la noción de propiedades esenciales del fenómeno jurídico, es decir, características universales del derecho que “deben ser encontradas en el derecho dondequiera y cuando quiera que exista”³⁵. Elementos o propiedades constituyentes de algo no son relativos a consideraciones coyunturales bajo las cuales aquello se sitúa, pese a que el concepto que denota a tal objeto sea formulado históricamente. Propiedades esenciales aluden a aquellas propiedades que cualquier esquema de derecho debe poseer para ser derecho. De ahí que la explicación de las propiedades esenciales del derecho está asociada a dar cuenta de la “[...] naturaleza de cierto tipo de institución social”.³⁶ El concepto de derecho designa un tipo de institución social y, en estricto sentido, dicha noción no es esgrimida por filósofos del derecho, sino que radica en un concepto que deviene de la autocomprensión de nuestra sociedad. Cada individuo concibe y se relaciona con esta institución social, encontrándonos conscientes y familiarizados con el derecho. La conexión entre la autoconciencia de esta institución social y la explicación de su naturaleza queda patente en las afirmaciones de Raz: “[e]n gran medida lo que estudiamos cuando estudiamos la naturaleza del derecho es la naturaleza de nuestra propia autocomprensión”.³⁷

La diferencia entre ambas nociones justifica la fractura en la labor explicativa de la teoría del derecho. Según lo adelanté, para Raz en la reflexión sobre el derecho suele olvidarse la distinción entre las investigaciones sobre el significado de los términos de aquellas que versan sobre la naturaleza de la institución que dichos términos designan. Así, la tarea de la teoría del derecho no es tanto investigar la semántica del término derecho como explicar la tipología de una institución social con la cual nos relacionamos cotidianamente. En la implementación de la investigación sobre la naturaleza del derecho es pertinente el estudio del significado del concepto de derecho, pero “la explicación de la naturaleza del derecho no puede ser asimilada a un análisis del significado de ningún término”.³⁸

³⁴ Joseph RAZ: “Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison”, p. 85.

³⁵ Joseph RAZ: “¿Puede haber una teoría del derecho?”, p. 57.

³⁶ Joseph RAZ: “¿Puede haber una teoría del derecho?”, p. 64.

³⁷ Joseph RAZ: “¿Puede haber una teoría del derecho?”, p. 65. Para observaciones críticas sobre la teoría del derecho como una disciplina apropiada para dar cuenta de la autoconciencia social, en una posición privilegiada respecto a la antropología, política o sociología, véase Ronald DWORKIN: “Los conceptos de derecho”, en del mismo *La justicia con toga* Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 247-253.

³⁸ Joseph RAZ: “¿Puede haber una teoría del derecho?”, p. 64.

De modo que las posibilidades de la teoría del derecho se desenvuelven en medio de una tensión en términos de contingencia y localidad, de un lado, y necesidad y universalidad, de otro. Según Raz, la teoría del derecho “es tanto local como universal”.³⁹ Las afirmaciones de la teoría jurídica se ajustan a la localidad del concepto que designa una institución y que se elabora en la cultura moderna occidental. También están comprometidas con la universalidad de la institución social, aplicándose sus propiedades a todo aquello donde pueda haber y ser considerado como derecho.⁴⁰ Necesariamente existe la naturaleza del derecho y su existencia no presupone la existencia de su concepto, así como tampoco presupone la existencia de concepto jurídico alguno.

4. Institucionalidad, descripción y posibilidades en la teoría del derecho

La claridad de Raz para explicitar el propósito de la teoría del derecho no se reflejó en identificar las propiedades esenciales que serían predicables al derecho para ser efectivamente derecho. Robert Alexy compartió la tesis central de Raz; a saber, que la tarea principal de la filosofía del derecho es proporcionar una teoría sobre la naturaleza del derecho a partir de sus propiedades esenciales o necesarias.⁴¹ Sugirió, además, que el derecho respondería a una naturaleza dual, identificando sus propiedades esenciales según las dimensiones fácticas e ideales del fenómeno jurídico. En particular, coerción y corrección constituyen las características universales del derecho sin las cuales el derecho no sería derecho.⁴²

¿Bajo qué términos es posible reconstruir esta explicación a partir de lo afirmado por Raz? En un trabajo anterior, el autor configuró una taxonomía de tres enfoques que se harían cargo de la cuestión de la naturaleza del derecho. Distinguiendo entre la propuesta lingüística, la perspectiva del jurista o abogado y, finalmente, el enfoque institucional. En tal estadio del pensamiento de Raz no estaba claramente definida la distinción entre la naturaleza del derecho y su concepto, pero el primer asunto ya era reconocido como el problema fundamental de la filosofía jurídica. Es característico que las disciplinas asociadas a la reflexión filosófica enfatizan su desempeño teórico en aclarar y delimitar su propio objeto de estudio. En este sentido, la autorreflexión que efectúa la teoría del derecho se traduce en “la

³⁹ Joseph RAZ: “¿Puede haber una teoría del derecho?”, p. 74.

⁴⁰ En efecto, ya en sus investigaciones sobre los sistemas jurídicos, Raz identificó propiedades que debía poseer todo sistema normativo para ser jurídico, siendo su teoría *general* “[...] en tanto pretende ser verdadera para todo sistema jurídico”. Bajo el contexto de la jurisprudencia analítica, su propuesta pretendía constituir una introducción “[...] al estudio de la *naturaleza* sistemática del derecho”. Joseph RAZ: *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1986 p. 17. *Cursivas mías*.

⁴¹ Robert ALEXY: “En torno al concepto y la naturaleza del derecho”, en del mismo *El Concepto y la Naturaleza del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 87.

⁴² Robert ALEXY: “En torno al concepto y la naturaleza del derecho”, pp. 89-94. Para la expresión de la naturaleza dual del derecho en el marco del constitucionalismo democrático o discursivo, véase Robert ALEXY: “The Dual Nature of Law”, *Ratio Juris*, 23(2), 2010, pp. 167-182.

investigación acerca de la naturaleza del derecho y de los límites de lo jurídico, y de esta manera reflexiona permanentemente sobre su propia naturaleza”.⁴³

Bajo el prisma institucional, la pregunta sobre la naturaleza del derecho se responde de acuerdo con el papel que este cumple en el marco general de la sociedad. Sea lo que fuere el derecho, su relevancia se ubica en el centro del sistema de organización social e instituciones políticas.⁴⁴ De la existencia del fenómeno jurídico se sigue un complejo de instituciones políticas, legislativas y judiciales bajo el contexto general de necesidades sociales y políticas.⁴⁵ Para Raz el sistema jurídico se concibe como un sistema jurídico institucionalizado, es decir, un sistema de normas que se encuentra organizado en torno a la presencia de un órgano primario, el cual está asociado al sistema judicial.⁴⁶ El derecho consiste en un conjunto de consideraciones positivistas autoritativas que resultan obligatorias para los tribunales y, a su vez, una institución del carácter del órgano primario efectúa determinaciones autoritarias vinculantes que no son susceptibles de tematización por sus destinatarios.⁴⁷

Esta perspectiva institucional es formulada por Raz para explicar la naturaleza del derecho.⁴⁸ No obstante, dar cuenta de lo que hace al derecho ser derecho conlleva analizar el tipo de consideraciones que son determinantes para nuestra comprensión de los tribunales de justicia.⁴⁹ Un número significativo de los problemas de agencia, bien sea individual o colectiva, se pueden expresar en torno a dos etapas: una deliberativa y otra ejecutiva.⁵⁰ El estadio deliberativo abarca el conjunto de consideraciones y evaluaciones que se efectúan para definir un determinado curso de acción. Una vez decidida una acción concluye el ámbito deliberativo y comienza el estadio ejecutivo. La esfera ejecutiva implica desarrollar e implementar la decisión en el momento en que se estime pertinente hacerlo. La peculiaridad de esta decisión radica en que ella está reflejada en la reticencia a poner a prueba nuevamente los argumentos en virtud de los cuales aquella se justifica, regresando así al estadio deliberativo.

⁴³ Joseph RAZ: “La cuestión de la naturaleza del derecho”, en del mismo *La Ética en el Ámbito de lo Público*, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 211.

⁴⁴ Así, se ha indicado que lo decisivo para Raz en su tesis de la naturaleza del derecho es el carácter del derecho como institución social. Véase, José Antonio SEOANE y Pedro RIVAS: *El último eslabón del positivismo jurídico. Dos estudios sobre Joseph Raz*, Comares, Granada, 2005, p. 186.

⁴⁵ Joseph RAZ: “La cuestión de la naturaleza del derecho”, p. 221.

⁴⁶ Joseph RAZ: *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 151-171.

⁴⁷ Joseph RAZ: “La cuestión de la naturaleza del derecho”, p. 224.

⁴⁸ Este enfoque se desarrolla de manera explícita en Joseph RAZ: “La naturaleza institucional del derecho”, en del mismo *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1985, pp. 135-155.

⁴⁹ Sobre el vínculo entre la naturaleza del derecho y la concepción de autoridad en Raz, véase José Antonio SEOANE y Pedro RIVAS: *El último eslabón del positivismo jurídico. Dos estudios sobre Joseph Raz*, pp. 184-190.

⁵⁰ Joseph RAZ: “La cuestión de la naturaleza del derecho”, pp. 223-225.

Mientras la etapa de deliberación se encuentra abierta a toda clase de consideraciones, predominando las de carácter moral, la etapa ejecutiva está identificada por la única pertinencia de consideraciones positivas autoritativamente obligatorias. Las consideraciones ejecutivas están dotadas de autoridad y resultan obligatorias para los tribunales de justicia como instituciones políticas generales. Es cierto que las instituciones judiciales aplican consideraciones tanto deliberativas como ejecutivas, “aunque el derecho pertenezca solamente al primer tipo”.⁵¹ En otros términos, la naturaleza de la organización social en que tiene lugar la institucionalidad jurídica se identifica con consideraciones positivistas autoritativas que los tribunales deben hacer cumplir, situándose el análisis de lo que resulta esencial para el derecho bajo la dimensión ejecutiva.⁵²

Evaluar la pertinencia de la distinción de Raz entre el concepto del término derecho y su naturaleza sugiere efectuar un conjunto de consideraciones críticas. Una cuestión es determinar si Raz identifica correctamente la finalidad de la teoría del derecho como empresa epistémica y, a su vez, un problema adicional es analizar la suficiencia teórica de su entendimiento acerca de cuál sería la naturaleza de lo jurídico. Veamos la tesis de segundo orden de Raz, esto es, afirmar que la posibilidad teórica de la teoría del derecho es determinar las propiedades esenciales del derecho, que hacen que el derecho sea apropiadamente denominado como tal. ¿Qué hay detrás de esta propuesta? En ella estaba la inquietud del autor por defender la naturaleza autoritativa y excluyente del fenómeno jurídico y, en forma consecuencial, adoptar una metodología descriptiva en su análisis.⁵³ El carácter autoritario del derecho se sigue de su propia pretensión autoritativa, en tanto el derecho reclama para sí autoridad y sus disposiciones positivas son vinculantes para sus destinatarios sin posibilidad de tematización acerca de su corrección.⁵⁴ Si el derecho debiere recurrir adicionalmente a estándares normativos o sustantivos para reclamar autoridad, como lo sostendría la tesis de la incorporación del positivismo incluyente o la tesis de la integridad dworkiniana, el derecho no sería algo que pudiese reclamar por sí mismo autoridad.⁵⁵ El derecho también resiste una comprensión

⁵¹ Joseph RAZ: “La cuestión de la naturaleza del derecho”, p. 224.

⁵² Un agudo análisis sobre los problemas que presenta la concepción raziana de la autoridad como servicio, en James SHERMAN: “Unresolved Problems in the Service Conception of Authority”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 30(3), 2010, pp. 419-440.

⁵³ Sobre esta asociación entre Hart, Raz y la metodología descriptiva o meramente explicativa del derecho, junto a una defensa de las valoraciones en los procesos de selección del caso jurídico central, véase John FINNIS: *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 37-55.

⁵⁴ Joseph RAZ: “Autoridad, derecho y moral”, en del mismo *La Ética en el Ámbito de lo Público*, Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 232-238.

⁵⁵ Para un examen crítico sobre las inconsistencias que se verifican entre el positivismo incluyente y la naturaleza autoritativa del derecho, véase Kenneth Einar HIMMA: “The Instantiation Thesis and Raz’s Critique of Inclusive Positivism”, *Law and Philosophy*, 20, 2001, pp.61-79. Una sugerente defensa del positivismo incluyente en Wilfrid J. WALUCHOW: “Positivism incluyente *versus*

metodológica, cuestionándose si en su análisis son pertinentes los juicios valorativos o bien si la identidad del derecho exige desplazarlos al no ser propiamente parte del fenómeno jurídico. Desde Hart, la caracterización de un proyecto de filosofía jurídica como descriptivo, “sugiere que una teoría del derecho no tiene por qué justificar la inferencia de la legalidad a la legitimidad moral”.⁵⁶

Si tales propósitos son legítimos de adscribir a la teoría del derecho, la pregunta es cuál sería la peculiaridad del esquema raziano para dar cuenta de ambos y de la cual carecen otros modelos rivales, en especial, frente al análisis conceptual.⁵⁷ La comprensión estricta de la teoría del derecho esgrimida por Joseph Raz es estricta precisamente por la identificación de su función, limitándola a la explicación de la naturaleza del derecho y rechazando otras tareas como la explicación de significados.⁵⁸ Negar el interés en la explicación del concepto de derecho implica rechazar la relevancia del análisis conceptual en la reflexión teórica sobre el derecho.

Al respecto, Eugenio Bulygin en su discusión con Raz, ha puesto de manifiesto lo equívoco que resulta asociar el objetivo de una disciplina a la explicación de la naturaleza de un objeto, tal como el derecho, y renunciar al concepto de ese objeto cuyas propiedades se investigan. La adjudicación a favor de la naturaleza en desmedro del concepto es problemática por el rol que cumplen los conceptos en la identificación de las propiedades de una cosa. Según Bulygin, resulta ininteligible hablar de las propiedades esenciales de una cosa, con independencia del concepto en virtud del cual se designa a esa cosa. El concepto que utilizamos para dar cuenta o clasificar a una cosa determina las propiedades que la constituyen. Luego, ¿cómo se podría hablar de la naturaleza del derecho, en términos de una explicación de sus propiedades fundamentales, sin un concepto de derecho que le adscriba dichas propiedades? En efecto, un punto de encuentro entre ambos autores radica en reconocer la relación correlativa existente entre el concepto de un objeto y sus propiedades concebidas.⁵⁹ En términos de Bulygin, “ninguna propiedad de un cosa es esencial *per se*, sino en relación con un concepto”.⁶⁰ Solo existe *la o las* propiedades esenciales o necesarias que el concepto que se utiliza para referirse al objeto indica que este tiene.

positivismo excluyente”, en del mismo *Positivismo Jurídico Incluyente*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 95-156.

⁵⁶ Jules COLEMAN: “Methodology” en Jules Coleman y Scott Shapiro, eds., *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 312.

⁵⁷ Sobre las tensiones existentes entre las tesis de Raz acerca de la naturaleza del derecho y el análisis conceptual, véase Brian H. BIX: “Joseph Raz and Conceptual Analysis”, *APA Newsletter on Philosophy and Law*, 6(2), 2007, pp. 1-7.

⁵⁸ Joseph RAZ: “¿Puede haber una teoría del derecho?”, pp. 47-48.

⁵⁹ Joseph RAZ: “Teorías y conceptos. Réplica a Alexy y Bulygin”, en del mismo *et al. Una Discusión sobre la Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 117.

⁶⁰ Eugenio BULYGIN: “Raz y la teoría del derecho. Comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del derecho?” de Joseph Raz”, p. 102.

Si lo anterior fuere así, todo intento de formulación sobre las propiedades esenciales del derecho sin recurrir a su conceptualización, sea explícito como en Alexy o implícito según la versión de Raz, está conceptualmente condenado al fracaso. No se trata que exista un yerro en la identificación de los caracteres institucionales o autoritativos del derecho, o en sus propiedades de corrección o coerción, como aquellos elementos que hacen al derecho ser lo que es. El problema radica en que no existe un número predeterminado de propiedades esenciales, sino que estas se ajustan al análisis conceptual desplegado para caracterizar al objeto. A un objeto únicamente le corresponden las propiedades asociadas a él en virtud de su concepto y nada más que aquellas. De ahí las dificultades de rechazar el análisis conceptual como una actividad sustantivamente relevante en la filosofía jurídica.⁶¹

Este enfrentamiento expresa las tensiones sobre el entendimiento de la posición de los conceptos en nuestra comprensión del mundo. En Raz los conceptos cumplen un rol mediador entre las palabras y la naturaleza de la cosa que se denota gracias a ellos.⁶² Bulygin, y el análisis conceptual en general, en cambio, entienden que el aparato conceptual esgrimido sobre un objeto y su naturaleza se ubican en el mismo nivel, encargándose el concepto de determinar las propiedades necesarias y esenciales del objeto. Así, mientras el concepto de derecho captura y fija las propiedades esenciales, a la inversa, la naturaleza de lo jurídico no puede determinar dichas propiedades constituyentes. Si las observaciones anteriores son correctas, entonces, queda pendiente en la postura de Raz clarificar el valor epistémico de explicar la naturaleza del derecho, si el concepto de derecho determina cuáles son sus propiedades esenciales que constituyen precisamente la naturaleza de lo jurídico.

De acuerdo con lo anterior, los intereses que Raz tuvo en consideración al momento de formular su propuesta pueden ser verificados desde el análisis conceptual en la medida en que este satisfaga las condiciones establecidas por Dickson para las teorías del derecho en la filosofía analítica (afirmaciones necesarias y explicación adecuada de acuerdo con el punto de vista interno), junto con las sostenidas por Hart en su *Post Scriptum* sobre defender una naturaleza de la teoría del derecho que sea general y descriptiva.⁶³ El autor de *El Concepto de Derecho* afirmó que la naturaleza de la teoría jurídica que tuvo en mente en la formulación de su tesis era una teoría del derecho general que no perteneciere exclusivamente a un sistema

⁶¹ No resulta trivial que bajo el proyecto de implementación de la epistemología naturalizada de W. V. O. Quine en los asuntos jurídicos, Brian Leiter identifique al positivismo excluyente de Raz como una versión del análisis conceptual alternativa a la hartiana, que compite con las diversas propuestas de positivismos incluyentes, sobre la base de sostener que proporciona una mejor explicación de algunos rasgos del concepto de derecho, *e.g.* autoridad. Sobre esta conexión, véase Brian LEITER: “Realismo jurídico, positivismo excluyente y los límites del análisis conceptual”, en del mismo *Naturalismo y Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 174-189.

⁶² Respecto de la comprensión de Raz sobre las palabras, significados y conceptos, véase Paula GAIDO: *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 34-41.

⁶³ H.L.A. HART: “Post Scriptum”, p. 227.

jurídico o arreglo jurídico-institucional determinado. Asimismo, su entendimiento tenía el carácter de descriptivo en la medida en que no estaba comprometido con una posición normativa o con consideraciones de justicia política en particular.⁶⁴

La pregunta es de qué carece esta teoría del derecho general y descriptiva formulada en el marco del análisis conceptual en la filosofía analítica del derecho, que sí contiene la tesis sobre la naturaleza del derecho, para que en esta última y no en virtud de su concepto se definan las condiciones de posibilidad de la teoría del derecho.⁶⁵ Si el derecho es la clase de cosas cuyo estudio debe ser efectuado mediante una metodología descriptiva de sus proposiciones y, además, el énfasis en la naturaleza autoritativa del fenómeno jurídico, vinculada a sus consideraciones formuladas en el marco del estadio ejecutivo, constituye una determinación de propiedades esenciales que solo puede ser esgrimida según *un* concepto de derecho, que necesariamente las prejuzgue y califique como tales, entonces, rechazar genéricamente al análisis conceptual como un genuino propósito de la teoría del derecho, calificándolo como una tarea secundaria, requiere de observaciones justificativas adicionales. De lo contrario, resulta difícilmente cuestionada la suficiencia teórica del análisis conceptual para satisfacer las condiciones de posibilidad de la teoría del derecho.⁶⁶

En un orden distinto de consideraciones, es relevante determinar los términos en que resultaría razonable adoptar la estrategia raziana en teoría del derecho. Pues *prima facie* la idea de distinguir entre el concepto y la naturaleza del derecho, fijando en esta última el propósito de la filosofía jurídica, acarrea más problemas que soluciones a la autocomprensión de la teoría del derecho. Si se adopta la idea de naturaleza además de las dificultades para definir las propiedades esenciales y asumir indirectamente que existe la naturaleza del derecho, se pone en tensión la comprensión institucional del derecho como un fenómeno estrictamente artificial y cuya construcción es contingente e instrumental.

⁶⁴ Para una evaluación crítica del positivismo metodológico de Hart, en términos de constituir una visión según la cual la teoría del derecho puede y debe formular descripciones normativamente neutrales sobre el fenómeno jurídico, véase Stephen R. PERRY: "Hart's Methodological Positivism", en Jules L. Coleman, ed., *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 311-354.

⁶⁵ Sobre esta comprensión de la teoría jurídica acerca de la naturaleza del derecho, debiendo satisfacer exigencias de ser general y valorativamente neutral, véase Germán SUCAR: *Concepciones del derecho y la verdad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 149-153.

⁶⁶ En este sentido, se explica el desacuerdo de Dworkin al ser indicado por Raz como un ejemplo estándar de una teoría del derecho parroquial o localista, al estar articulada como una teoría de la adjudicación comprometida con consideraciones y prácticas de una comunidad política en particular. Para Dworkin las dificultades de Raz para distinguir entre los distintos conceptos de derecho, evidencian nuevos síntomas del agujón semántico. Véase, Ronald DWORKIN: "Los conceptos de derecho", p. 251, N.º. 10. Una evaluación crítica sobre la pertinencia de adscribir a Raz la crítica dworkiniana del agujón semántico, en Dale SMITH: "Has Raz Drawn the Semantic Sting?", *Law and Philosophy*, 28, 2009, pp. 291-325.

En términos teórico-metodológicos, el fenómeno jurídico puede ser tematizado a partir de dos modelos explicativos divergentes y formulados en virtud de postulados correlativos. Hablamos de una comprensión premoderna frente a una comprensión moderna del derecho. Desde el punto de vista premoderno de lo jurídico resulta sostenible que el derecho es un producto natural, en el sentido de adscribir su constitución a elementos del mundo natural, prescindiendo para ella de la agencia humana.⁶⁷ La fundamentación del derecho como complejo regulatorio descansa en su origen natural o divino, predicándosele un carácter de necesario así como de virtuoso. De igual modo que la naturaleza o condición humana, el derecho se explica en términos universales e inmutables y su existencia deviene incontrovertible. También se considera normativamente deseable pues persigue intereses o valores morales que contribuyen genuinamente a la convivencia humana.⁶⁸

Una visión moderna de lo jurídico sugiere que el derecho no es predicable del orden natural de las cosas, sino que supone un hecho institucional cuya construcción es deliberada y artificialmente articulada por la intencionalidad colectiva del grupo social.⁶⁹ Su existencia se entiende como metafísicamente contingente, en la medida en que el derecho tal como otro instrumento social, formulado de manera convencional través de prácticas y estándares vinculantes, es estrictamente contingente y contextualizado. Esta concepción instrumental del derecho fija su énfasis en la artificialidad de lo jurídico. Como ideal regulativo, el derecho constituye una herramienta para resolver un problema de coordinación; a saber, el aseguramiento de la coexistencia humana. De ahí que en términos contrafácticos, se explica qué habría si no hubiere lo que de hecho existe. Es decir, de acuerdo con Thomas Hobbes, la situación imaginaria del estado de naturaleza, caracterizada por la ausencia de derecho, justicia y conductas de mérito valorativo, existirá en tanto no estemos en presencia del poder soberano y su voluntad expresada en el derecho, extendiéndose “[...] durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos [...]”.⁷⁰ El derecho representa así una respuesta satisfactoria frente a un diagnóstico crítico, concluyendo la inseguridad e inestabilidad producida por su ausencia, mediante el discurso normativo del autogobierno.

Volvamos ahora a Raz. Al aceptar la tesis de la naturaleza del derecho como aspiración de la teoría del derecho ocurre una suerte de paradoja. Si el problema de la existencia y comprensión del derecho se resuelve en términos de universalidad, necesidad y esencialidad, se cuestiona precisamente la visión moderna del

⁶⁷ Según Karl Popper, una sociedad cerrada está caracterizada por la identificación conceptual entre el mundo natural y el mundo social, así como entre las leyes de la naturaleza y las leyes normativas. Véase, Karl POPPER: *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona, 1957 pp. 67-82.

⁶⁸ Como una versión paradigmática de esta comprensión, puede consultarse Tomás de AQUINO: *Suma de Teología III, Parte II-II (a)*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2001, pp. 469-498.

⁶⁹ John SEARLE: *La construcción de la realidad social*, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 49-74.

⁷⁰ Thomas HOBBS: *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2003, p. 102.

derecho, la cual fue adoptada como estándar conceptual por el positivismo jurídico al momento de formularse como una teoría del derecho en el contexto de la filosofía analítica.⁷¹ Asociar el propósito de la filosofía jurídica a la explicación de las propiedades esenciales del derecho, que lo hacen universalmente constituir derecho con independencia de todo sistema jurídico en particular, implica asumir un marco conceptual paradigmáticamente premoderno, heredero de la comprensión del derecho que el positivismo jurídico intentó poner a prueba.⁷² De modo que un positivista excluyente como Raz, al formular su distinción entre la naturaleza y el concepto de derecho, buscando así reformular la autocomprensión de la teoría del derecho como empresa epistémica, traicionaría a los postulados básicos y fundantes de la filosofía jurídica moderna.

Lo anterior no constituye una novedad significativa bajo el actual panorama del positivismo jurídico. Fernando Atria ha denunciado la ironía en la cual ha incurrido la teoría del derecho positivista, al segmentarse conceptualmente entre familias, de acuerdo con su comprensión definitoria de la relación entre el derecho y la moral, junto a la estrategia en que metodológicamente debiere estudiarse el fenómeno jurídico, agrupándose en positivistas duros o excluyentes frente a positivistas blandos o incluyentes.⁷³ La oscuridad del debate al interior de la tradición positivista ha provocado paradójicamente el retorno hacia concepciones premodernas como el neoconstitucionalismo, defendiendo postulados de inmutabilidad, necesidad y corrección natural en el derecho.⁷⁴ Tanto en la conceptualización como en la aplicación del derecho, dichos términos resultan

⁷¹ Respecto de la conciliación entre la adopción de un concepto positivista de derecho, local y contingente, y la teoría del derecho como tal, formulada a través de proposiciones universales, véase Robert ALEXY: “Acerca de dos yuxtaposiciones. Concepto y naturaleza, derecho y filosofía. Algunos comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del derecho?” de Joseph Raz”, en Joseph Raz *et al. Una Discusión sobre la Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 95-97.

⁷² Desarrollar los argumentos según los cuales una perspectiva moderna del derecho es más apropiada que una premoderna para comprender al fenómeno jurídico excede los propósitos de este trabajo. No obstante, el análisis del problema debe situarse a nivel de la individuación de lo jurídico que ambos esquemas proponen. Las diferencias entre el agua, un tigre y un contrato dan cuenta que el equipamiento conceptual desarrollado para entender a entidades naturales está en tensión respecto a instituciones jurídicas, porque simplemente el derecho no es lo mismo que el agua, el oro o un tigre. La configuración atómica del agua será necesariamente H₂O pese a que una persona pueda no estar enterada que esto es así o desconocer el concepto de agua asociado a tal estructura. ¿Se puede razonablemente sostener lo mismo en el caso del derecho? Ciertamente no. Parfraseando a Ronald Dworkin, “Si [un contrato] no posee ADN tampoco lo tiene el derecho”. Véase, Ronald DWORKIN: “El *Postscript* de Hart y el sentido de la filosofía política”, en del mismo *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 185. Debo este punto al profesor Fernando Atria Lemaitre, a quien agradezco sus observaciones.

⁷³ Fernando ATRIA: “La ironía del positivismo jurídico”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27, 2004, pp. 83-100. Un panorama sobre las concepciones del derecho construidas a partir de la relación conceptual entre el derecho y la moral, en Juan José MORESO y Josep María VILAJOSANA: *Introducción a la Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 191-214.

⁷⁴ Fernando ATRIA: “La ironía del positivismo jurídico”, pp. 118-128.

irreconciliables con los parámetros bajo los cuales el positivismo se configuró como una teoría moderna del derecho.⁷⁵

Es indudable que el entendimiento institucional de la naturaleza del derecho propuesta por Raz parece ser incompatible con la universalidad y atemporalidad de la tesis de la naturaleza del derecho, ya que al vincular lo propiamente jurídico con las instituciones u órganos primarios que efectúan las consideraciones autoritativas, solo se da cuenta en último término de la contingencia de lo jurídico.⁷⁶ El valor epistémico del positivismo jurídico, en tanto teoría moderna del derecho, radica precisamente en su autoafirmación de moderna, articulando al derecho como una creación institucional, artificial y contingentemente verificado. En este sentido, Leslie Green ha concebido al derecho “[...] como una empresa parroquiana cuyas características y contenidos, dependen de instituciones, hechos y comprensiones locales”.⁷⁷

Si esto fuere así, las posibilidades de éxito de una teoría jurídica analítica se encuentran distanciadas de la identificación raziana, en términos de proporcionar una explicación de la naturaleza del derecho. El análisis conceptual formulado mediante una metodología de estudio descriptiva satisface las condiciones de posibilidad en virtud de las cuales resulta apropiada la configuración de la teoría jurídica como empresa exitosa.⁷⁸ Desde esta perspectiva se satisface el compromiso original de la teoría del derecho con una comprensión moderna del fenómeno jurídico. Al olvidar su defensa, la reflexión jurídica en general, así como el positivismo jurídico en particular, renuncian al ideal regulativo del autogobierno de las personas, bajo el cual devino compatible el derecho como institución normativa y la libertad expresada por la agencia humana en su construcción y vigencia. Bajo estos términos, no es que la naturaleza del derecho no presuponga un concepto de derecho que es contingente y localista, sino que el derecho como tal, según una comprensión moderna del mismo, constituye un tipo de institución de regulación y prácticas sociales que es de hecho profundamente contingente.

⁷⁵ Sobre la identidad del positivismo jurídico, véase John GARDNER: “Legal Positivism: 5½ Myths”, *The American Journal of Jurisprudence*, 46, 2001, pp. 199-227.

⁷⁶ De ahí que desde una vereda significativamente distante al pensamiento de Raz, pueda entenderse al derecho como un orden normativo institucional. Al respecto, véase Niel MACCORMICK: *Instituciones del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 27-58.

⁷⁷ Leslie GREEN: “General Jurisprudence: A 25th Anniversary Essay”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 25(4), 2005, p. 565.

⁷⁸ Para Kenneth M. Ehrenberg una explicación metodológica neutral formulada en términos funcionales, proveería a la filosofía jurídica de un bagaje conceptual que contribuye a una mejor comprensión de la naturaleza del derecho. Véase, Kenneth M. EHRENBURG: “Defending the Possibility of a Neutral Functional Theory of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 29(1), 2009, pp. 91-113.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ ALEXY, Robert: “En torno al concepto y la naturaleza del derecho”, en del mismo *El Concepto y la Naturaleza del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
_____ “The Dual Nature of Law”, *Ratio Juris*, 23(2), 2010.
_____ “Acerca de dos yuxtaposiciones. Concepto y naturaleza, derecho y filosofía. Algunos comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del derecho?” de Joseph Raz”, en Joseph Raz *et al. Una Discusión sobre la Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- ❖ ATRIA, Fernando: “La ironía del positivismo jurídico”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27, 2004
- ❖ AUSTIN, J. L.: “Un alegato en pro de las excusas”, en del mismo *Ensayos Filosóficos*, Alianza, Madrid, 1989.
- ❖ BIX, Brian H.: *Teoría del Derecho: ambición y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
_____ “Raz on Necessity”, *Law and Philosophy*, 22, 2003.
_____ “Joseph Raz and Conceptual Analysis”, *APA Newsletter on Philosophy and Law*, 6(2), 2007.
- ❖ BOSTOCK, David: “Kripke on Identity and Necessity”, *Philosophical Quarterly*, 27(109), 1977
- ❖ BULYGIN, Eugenio: “Raz y la teoría del derecho. Comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del derecho?” de Joseph Raz”, en Joseph Raz *et al. Una Discusión sobre la Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- ❖ COLEMAN, Jules: “Methodology” en Jules Coleman y Scott Shapiro, eds., *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- ❖ COLEMAN, Jules L. / SIMCHEN, Ori: “Law”, *Legal Theory*, 9, 2003.
- ❖ DAGAN, Hanoch / KREITNER, Roy: “The Character of Legal Theory”, *Cornell Law Review*, 96, 2011.
- ❖ DICKSON, Julie: *Evaluación en la Teoría del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2006.
- ❖ DWORKIN, Ronald: *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2005.
_____ “Los conceptos de derecho”, en del mismo *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
_____ “El *Postscript* de Hart y el sentido de la filosofía política”, en del mismo *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- ❖ EHRENBERG, Kenneth M.: “Defending the Possibility of a Neutral Functional Theory of Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 29(1), 2009.
- ❖ ETCHEVERRY, Juan B.: *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Comares, Granada, 2009
- ❖ FINNIS, John: *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.
_____ “Natural Law: The Classical Tradition”, en Jules COLEMAN y Scott SHAPIRO, eds., *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- ❖ GAIDO, Paula: *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
_____ “The purpose of legal theory: Some problems with Joseph Raz’s view”, *Law and Philosophy*, 30, 2011.
- ❖ GARDNER, John: “Legal Positivism: 5½ Myths”, *The American Journal of Jurisprudence*, 46, 2001.
- ❖ GREEN, Leslie: “General Jurisprudence: A 25th Anniversary Essay”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 25(4), 2005.
_____ “Three Themes from Raz”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 25(3), 2005.
- ❖ HART, H.L.A.: *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977.

- _____ “Post Scriptum”, *Estudios Públicos*, 65, 1997.
- _____ “Definition and Theory in Jurisprudence”, en del mismo *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983.
- ❖ HIMMA, Kenneth Einar: “The Instantiation Thesis and Raz’s Critique of Inclusive Positivism”, *Law and Philosophy*, 20, 2001
 - ❖ HOBBS, Thomas: *Leviatán*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2003.
 - ❖ KRIPKE, Saul: *Naming and Necessity*, Basil Blackwell, Oxford, 1981
 - ❖ LEITER, Brian: “Realismo jurídico, positivismo excluyente y los límites del análisis conceptual”, en del mismo *Naturalismo y Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
 - ❖ MACCORMICK, Niel: *Instituciones del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
 - ❖ MARMOR, Andrei: *Interpretación Jurídica y Teoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2001.
 - ❖ MOORE, Michael S.: “Law as a Functional Kind”, en Robert P. George, ed., *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Clarendon Press, Oxford, 1994.
 - ❖ MORESO, Juan José / VILAJOSANA, Josep María: *Introducción a la Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
 - ❖ NAVARRO, Pablo / REDONDO, María Cristina: “Filosofía del derecho: problemas y posibilidades”, en del mismo, comps., *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002.
 - ❖ PEREIRA FREDES, Esteban: “Strawson y la embestida contra el cientificismo”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 25, 2007.
 - ❖ PERRY, Stephen R.: “Hart’s Methodological Positivism”, en Jules L. Coleman, ed., *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
 - ❖ POPPER, Karl: *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona, 1957.
 - ❖ PRIEL, Danny: “The Boundaries of Law and the Purpose of Legal Philosophy”, *Law and Philosophy*, 27, 2008.
 - ❖ RAZ, Joseph: “¿Puede haber una teoría del derecho?”, en del mismo *et al. Una Discusión sobre la Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
 - _____ “Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison”, en del mismo *Between Authority and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
 - _____ *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1986.
 - _____ “La cuestión de la naturaleza del derecho”, en del mismo *La Ética en el Ámbito de lo Público*, Gedisa, Barcelona, 2001.
 - _____ *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
 - _____ “La naturaleza institucional del derecho”, en del mismo *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1985.
 - _____ “Autoridad, derecho y moral”, en del mismo *La Ética en el Ámbito de lo Público*, Gedisa, Barcelona, 2001.
 - _____ “Teorías y conceptos. Réplica a Alexy y Bulygin”, en del mismo *et al. Una Discusión sobre la Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
 - ❖ RYLE, Gilbert: *El concepto de lo mental*, Paidós, Barcelona, 2005.
 - ❖ SEARLE, John: *La construcción de la realidad social*, Paidós, Barcelona, 1997.
 - ❖ SEOANE, José Antonio / RIVAS, Pedro: *El último eslabón del positivismo jurídico: Dos estudios sobre Joseph Raz*, Comares, Granada, 2005.
 - ❖ SHAPIRO, Scott J.: “What Is Law (and Why Should We Care)?”, en del mismo *Legality*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, MA, 2011.
 - ❖ SHERMAN, James: “Unresolved Problems in the Service Conception of Authority”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 30(3), 2010.
 - ❖ SMITH, Dale: “Has Raz Drawn the Semantic Sting?”, *Law and Philosophy*, 28, 2009.

- ❖ SOPER, Philip: *Una teoría del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ❖ STRAWSON, P. F.: “La filosofía analítica: dos analogías”, en del mismo *Análisis y metafísica: una introducción a la filosofía*, Paidós, Barcelona, 1997.
- ❖ SUCAR, Germán: *Concepciones del derecho y la verdad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- ❖ Tomás de AQUINO, *Suma de Teología III, Parte II-II (a)*, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2001.
- ❖ WALUCHOW, Wilfrid J.: “Positivismos incluyente *versus* positivismo excluyente”, en del mismo *Positivismos Jurídico Incluyente*, Marcial Pons, Madrid, 2007.