Teoría y filosofía del derecho

Juan Bautista Etcheverry
Modo de citar:
Etcheverry, Juan Bautista. 2018. "Teoría y filosofía del derecho". En Diccionario Interdisciplinar Austral, editado por Claudia E. Vanney, Ignacio Silva y Juan F. Franck. URL=http://dia.austral.edu.ar/Teoría_y_filosofía_del_derecho

Dentro de las distintas reflexiones filosóficas que pueden darse sobre el fenómeno jurídico, una de las cuestiones o preguntas que se presentan al inicio de tales cavilaciones (y, por ello, en muchos casos se las da por presupuestas) está vinculada con el espacio o lugar que le corresponde a un estudio teórico y filosófico del derecho. A la hora de abordar esta cuestión, una de las mayores dificultades consiste en determinar si dichas labores existen, como modo de saber distintos, o si, en cambio, son incompatibles y, por tanto, buscan sustituirse entre sí. Responder esta cuestión presupone aclarar qué entendemos por Teoría y por Filosofía del Derecho y esto último exigiría, a su vez, advertir que existen distintos modos de concebir tanto a la tarea teórica como filosófica jurídica (v. g., la Teoría del Derecho como mínimo puede ser concebida como Teoría de la Ciencia Jurídica o Teoría de las distintas partes generales de cada una de las ramas del Derecho, como Teoría General del Derecho o sistema de los conceptos jurídicos fundamentales, como Teoría que pretende sustituir a la Filosofía del Derecho, etc.) (Rodríguez Molinero 2000, cap. II).

En este trabajo se abordarán los interrogantes anteriormente planteados, en primer lugar, presentando el modo más extendido durante el último tiempo de estudiar el fenómeno jurídico. Dicha metodología propone hacer un tipo de teoría del derecho que sea a la vez general y avalorativa (o solamente descriptiva). Este modo de acercarse al estudio del Derecho, si bien es compartido por una gran cantidad de autores, muchas veces no se lo explicita y otras tantas no resultan claros los objetivos que persigue. Esta ausencia de confrontación directa de los problemas metodológicos termina produciendo —cuando menos— malentendidos.

Explicitada la metodología con la que mayoritariamente se enfrenta el estudio del derecho, a continuación se señalarán algunos de los desafíos que se le han opuesto al intento de hacer teoría general y avalorativa del Derecho. Abordar dichos desafíos ayudará, por un lado, a clarificar esta propuesta metodológica de estudio del Derecho y, por el otro, a comprender cómo ha evolucionado. En concreto, se observará que el sentido en que este tipo de teoría es "general" y "descriptiva", y el modo en que busca explicar la "naturaleza" del Derecho, necesitan, al menos, ser muy precisados. Más específicamente, se intentará mostrar que este modo de aproximarse al estudio del Derecho se propone hacer una teoría "general", capaz de explicar sólo unas prácticas concretas —con unas coordenadas de tiempo y espacio bien claras—, y que su pretensión de ser "descriptiva", no implica la descripción de hechos empíricos ni una descripción necesariamente avalorativa. Por otra parte, también se sugerirá que este tipo de Teoría del Derecho busca una "esencia" o "naturaleza" del Derecho que considera completamente contingente. Junto con estas observaciones se presentarán los desafíos que tiene una teoría de tipo descriptiva para explicar la normatividad del Derecho y para ofrecer resultados fecundos para la práctica jurídica.

Realizadas estas observaciones, se buscará dilucidar si una aproximación filosófica (y meramente teórica) al estudio del Derecho puede ser capaz de ofrecer una reflexión verdaderamente general del Derecho y de dar cuenta del sentido específicamente humano que tiene el fenómeno jurídico.

1 Una teoría "general" y "descriptiva" de "nuestro concepto de derecho" ↑

Para llevar adelante la tarea que nos propusimos, comenzaremos por delinear brevemente el tipo de Teoría del Derecho que propuso H. L. A. Hart, uno de los teóricos del Derecho más influyentes del siglo XX, al que siguen muchos de los autores más relevantes en la actualidad. El estudio de esta propuesta se realiza solo a fin de ejemplificar con una propuesta concreta cómo es el modo más extendido de aproximarse al estudio del Derecho en la actualidad.

Desde sus primeros ensayos, Hart parece tener claro el objetivo central de sus indagaciones —responder a la recurrente pregunta: ¿Qué es el Derecho?, explicando su naturaleza o esencia— y el método por medio del cuál obtenerlo —examinar los conceptos relevantes para agudizar nuestra percepción de los fenómenos (Hart 1963, XII y cap. I)—. Sin embargo, es necesario puntualizar que no ha hecho grandes esfuerzos por precisar y sobre todo justificar la particularidad de su método analítico del Derecho. Tanto es así, que algunos autores consideran que Hart parece desplegar tácitamente su método de análisis del lenguaje para explicar el Derecho sin hacer grandes reflexiones al respecto (Green 2004, 575).

Más allá de esta observación, lo cierto es que Hart —al igual que tantos otros autores— se propone explicar lo más propio, característico o esencial del Derecho —la pregunta recurrente sobre la naturaleza del Derecho—. Para esto, aprovecha el método del giro lingüístico, adaptando el método tradicional de dilucidar los conceptos al carácter especial de las nociones jurídicas (Hart 1983, 21 y 47). Este movimiento se hace con la esperanza de que el vuelco de atención hacia los diversos y complejos modos en que el lenguaje es utilizado sirva para disipar muchas confusiones comunes (Hart 1983, 2-3 y Bix 2006, 45-66). En definitiva, a diferencia de lo que anteriormente otros autores intentaron, Hart propone dilucidar los interrogantes más complejos de la teoría del Derecho relativos al significado de algunos términos jurídicos centrándose en el modo en que estos términos son utilizados en la práctica jurídica y evitando el camino de describir las cosas del mundo que estos términos designan (Hart 1983, 31-35).

Una vez escogido el objetivo y la metodología de su teoría del Derecho (Hart 1963, XI-XII), la estrategia elegida por Hart para descubrir la naturaleza del Derecho parece ser la de ir aclarando términos diferentes —como el de obligación— pero relacionados con el concepto de Derecho, sin analizar directamente dicho concepto. En concreto, Hart cree que el intento de analizar las convenciones existentes que rigen el uso de expresiones como “Derecho” es inútil porque este tipo de expresiones tienen la peculiaridad —propia de casi todos los términos generales que usamos para clasificar características de la vida humana y del mundo— de que en algunos casos se aplican claramente —es decir, tienen unos casos paradigmáticos de uso— y en otros sólo de forma dudosa —cuando es una cuestión de grado si se aplican o no—. Por lo tanto, limitarse a exponer cuáles son los casos en los que se aplica claramente el concepto de Derecho sólo permite recordar una serie de criterios lingüísticos —por todos conocidos— que no resuelven las perplejidades que persisten sobre la naturaleza del Derecho (Hart 1963, 4-7). Además, al referirse a las definiciones, observa que algunas palabras, dentro de las que se encuentra el concepto de Derecho, no pueden ser definidas de forma tal que se pueda traducir dicha palabra a otros términos que se entiendan bien y que nos permitan ubicar el tipo de cosa a que se refiere la palabra indicando las características que comparte y las que la distinguen dentro de una familia más amplia de cosas. La razón de esto es que este tipo de conceptos pertenecen a una categoría o familia más general —en el caso del Derecho podría ser la noción de regla— que también resulta vaga o confusa. Por otra parte, también se observa que algunas expresiones generales —como “Derecho”— al no prohibir la extensión del término a casos en los que sólo están presentes algunas de las características normalmente concomitantes —este sería el caso del “Derecho” internacional— tampoco pueden ser definidas del modo anteriormente enunciado (Hart 1963, 17-19). Una vez hechas estas observaciones, Hart deja de lado las aclaraciones metodológicas y pasa directamente a analizar los problemas recurrentes que surgen al intentar definir o caracterizar el Derecho.

Muchos años después de haber elegido el análisis conceptual como método para aproximarse al estudio del Derecho y con oportunidad de defender su teoría del Derecho de las críticas que recibió durante un cuarto de siglo de parte de Dworkin, Hart vuelve sobre sus primeras afirmaciones metodológicas por considerar que han sido malinterpretadas o confundidas. Para no dejar dudas, aclara que su teoría del Derecho es general y descriptiva. Al respecto, entiende que su teoría del Derecho es *general* porque no se encuentra atada a un sistema jurídico o cultura jurídica particular (Hart 1994, 239). Más en concreto, advierte que su visión del Derecho busca describir un tipo de institución social que exhibe muchas características comunes de forma, estructura y contenido a lo largo de su recurrente existencia en diferentes sociedades y períodos (Hart 1987, 36). La propuesta de Hart también es *descriptiva*, es decir, “es moralmente neutral y no tiene ningún propósito justificativo: no busca justificar o recomendar las formas o estructuras que aparecen en [su] visión general del Derecho en bases morales o de otro tipo” (Hart 1994, 240). Más aún, a su juicio esto implica un importante primer paso para cualquier crítica moral útil del Derecho.

Además de aclarar estas cuestiones, Hart advierte que Dworkin rechaza las teorías meramente descriptivas del Derecho porque no tienen debidamente en cuenta el punto de vista interno del Derecho —el punto de vista del participante de un sistema jurídico—. En definitiva, la crítica de Dworkin sugiere que no se puede proporcionar una

visión adecuada de esta perspectiva interna desde una teoría meramente descriptiva cuyo punto de vista es el de un observador externo (Hart 1994, 242). Sin embargo, para Hart una teoría jurídica descriptiva puede comprender y describir la perspectiva interna de las personas que se encuentran sometidas al Derecho sin adoptarla o compartirla (Hart 1994, 243). De hecho, a su juicio incluso si el fenómeno que se tiene que describir está formado por valoraciones, las "descripciones seguirán siendo descripciones, incluso cuando lo que es descrito es una valoración" (Hart 1994, 244).

En cuanto al modo concreto en que utiliza su propuesta metodológica para lograr el objetivo de explicar la naturaleza del Derecho, Hart desea aclarar que su teoría no es semántica —o como algunos autores la han denominado "criteriológica" (Endicott 2004, 11-39 y Bix 1993, 9)— en el sentido en que Dworkin la ha interpretado. En concreto, rechaza que su visión busque revelar los criterios lingüísticos que determinan el significado de la palabra "Derecho" (Hart 1994, 244-248).

Por último, Hart se ocupa de las críticas que sugieren que su visión del Derecho —en tanto positivista— puede estar vinculada con algún tipo de convencionalismo capaz de justificar la coerción del Estado. Esta interpretación del positivismo jurídico sugiere que para el positivismo los criterios para identificar el Derecho deben ser puramente fácticos, porque esto permite garantizar el ideal de las expectativas protegidas y la posibilidad de que todo el mundo sea capaz de saber con anticipación cuándo el Derecho puede obrar coercitivamente. Contra esta crítica, Hart, por un lado, reprocha la visión de Dworkin que sostiene que el objetivo o la finalidad del Derecho es justificar la coerción del Estado y, por el otro, recuerda que su versión del positivismo no hace ninguna afirmación que identifique el propósito o la función del Derecho y de las prácticas jurídicas (Hart 1994, 248-250).

De esta defensa, Hart concluye que su teoría del Derecho es radicalmente diferente a la concepción dworkiniana, que es en parte valorativa, justificativa y diseñada para una cultura jurídica en particular (Hart 1994, 243). De hecho, algunos autores proponen interpretar —o morigerar— la caracterización que Hart hace de su teoría a la luz del contexto de su debate con Dworkin, teniendo en cuenta la intención que tuvo de contrastar su teoría con la del profesor norteamericano (Dickson 2004, 120).

Recapitulando, se puede decir que el objetivo o la finalidad de la teoría del Derecho encabezada por Hart (y seguida por muchos autores) es describir la "naturaleza del Derecho". En otras palabras, se busca describir su esencia o las propiedades que lo caracterizan, es decir, lo que lo hace ser lo que es. En definitiva, lo que determina que un fenómeno pueda ser considerado "Derecho". Para lograr este objetivo, se acude al análisis de "nuestro" concepto de Derecho, porque se considera que el análisis del concepto de Derecho equivale a la explicación de su naturaleza (Raz 2007, 49 y Bulygin 2007, 104). En palabras de uno de sus seguidores, lo que se busca es comprender mejor las instituciones jurídicas, y para ello se analizan los conceptos jurídicos importantes como "autoridad", "validez", "objetividad", "discrecionalidad", etc. Este esfuerzo se realiza con la esperanza de poder aprender algo interesante, importante, esencial —o necesario— sobre la naturaleza del objeto designado por el concepto (Coleman 1998b, 258-260). Todo esto significa que una teoría jurídica de esta naturaleza consiste en ofrecer proposiciones acerca del Derecho que: a) sean "necesariamente" verdaderas; y b) expliquen adecuadamente la naturaleza del Derecho —que iluminen lo más importante o característico del Derecho— (Raz 2007, 48 y Dickson 2006, 21-22). Para lograr esto, se propone una teoría descriptiva —es decir, moralmente neutral y no justificativa de la práctica que se analiza— y externa —es decir, no comprometida con el punto de vista interno de ninguna práctica— (Postema 1998, 330-331). Este tipo de teoría también es general —o universal— porque al intentar explicar o descubrir la naturaleza del Derecho —es decir, sus elementos esenciales y necesarios— las tesis de esta teoría, si son verdaderas, se aplican universalmente. Esto significa, que este tipo de teoría busca explicar las propiedades del Derecho que el fenómeno jurídico debe exhibir en cualquier tiempo y lugar. Propiedades que son necesariamente verdaderas, es decir, que no dependen de condiciones políticas, sociales, económicas o culturales (Raz 1996, 1). En palabras del propio Hart, un tipo de teoría no diseñada para una cultura jurídica en particular (Hart 1994, 239). Es decir, lo que se busca explicar no es cómo es el Derecho aquí o allá, sino qué es el Derecho (Green 2004, 566).

Muchos autores han observado o criticado a Hart la falta de coherencia de algunas de sus tesis con su propia propuesta metodológica. Entre otros, cabe mencionar a Dworkin (1983, 255), MacCormick (1981, 160) y Lyons (1998, 117 y 136). De hecho, el propio Hart parece admitir que al menos en alguna oportunidad —en concreto, en "*Positivism and the separation of Law and Morals*"— habría empleado un argumento causal-moral a favor de las tesis positivistas

(Waluchow 1998, 411). Incluso, algunos autores se preguntan si detrás de este tipo de propuestas metodológicas, generales y avalorativas, no se esconde, en realidad, una propuesta moralmente comprometida (Orrego 1997, *passim*).

Más allá de todo esto, lo que en este momento realmente interesa no es si Hart fue o no coherente con su propuesta metodológica, sino más bien si es posible serlo. En concreto, a continuación se abordarán los inconvenientes a los que debe enfrentarse el tipo de teoría que Hart propone. Resta aclarar que este esfuerzo no se lleva a cabo con la finalidad de mostrar la inviabilidad de dicha teoría, sino solamente con la de servirse de dichos inconvenientes —y de los intentos de solucionarlos— para poder comprender a fondo el tipo de teoría que propone.

2 Paradojas de las teorías del Derecho generales y descriptivas ↑

2.1 ¿Una teoría “general” que sólo analiza “nuestro” concepto de Derecho? ↑

En primer lugar, la idea de una teoría “general” o “universal” de “nuestro” concepto de Derecho puede resultar a primera vista paradójica. De hecho, el objetivo de elaborar una teoría capaz de explicar las propiedades que todo fenómeno debe exhibir, en cualquier tiempo y lugar, para ser considerado Derecho puede no parecer del todo compatible con el medio escogido para obtener dicho resultado: el estudio únicamente de “nuestro” concepto de Derecho. En realidad, pareciera que lo que realmente se propone esta clase de teoría es examinar si otras culturas tienen “Derecho”, a partir de lo que una determinada sociedad de un determinado tiempo concibe como “Derecho”. Esto puede hacer parecer que este tipo de teorías son más “locales” de lo que pretenden. Contra esta acusación se ha respondido que si lo que queremos es comparar instituciones como el Derecho en diferentes culturas, tendremos que tener alguna idea sobre qué es el Derecho. Alguna idea de cuáles son sus características esenciales, etc. Por ello, será al menos necesario contar con algunas ideas provisionales sobre la naturaleza del Derecho para poder elegir lo que se está buscando comparar (Raz 1996, 1-7).

Si bien esta defensa del particular sentido en que estas teorías son generales puede parecer inobjetable, se aclararán algunas cuestiones que pueden llegar a resultar confusas (Moore 1998, 302-303). En primer lugar, este tipo de teorías sólo nos permiten conocer “nuestro” concepto de Derecho, que es local, y utilizarlo como medida para saber si otras sociedades —de diferente tiempo y lugar— comparten el fenómeno que concebimos como “Derecho”. En segundo lugar, dichas teorías no buscan explicar una realidad que va más allá del modo en que “nosotros” entendemos al Derecho —y que puede ser compartida por diferentes sociedades—, ni busca explicar el modo en que otras sociedades comprenden sus propias prácticas y organizaciones. En tercer lugar, lo anteriormente dicho implica que este tipo de teorías renuncia a la idea de que existe una naturaleza del Derecho susceptible de un estudio trans-cultural, porque se cree que dicha naturaleza es definida por “nuestro” concepto —local— de Derecho. Esto significa que son admisibles tantas teorías generales del Derecho como análisis del modo en que diferentes sociedades usan el concepto de Derecho. Es decir, que habrá una teoría inglesa general del Derecho, una teoría alemana general del Derecho, etc. En cuarto lugar, esta teoría sólo parece capaz de explicar el Derecho de las sociedades que compartieron, comparten o compartirán “nuestro” concepto de Derecho —no admitiendo la posibilidad de que alguna sociedad haya tenido, tenga o vaya a tener Derecho si no compartió o comparte “nuestro” concepto de Derecho.

No obstante lo anteriormente dicho, el modo en que se sugiere que la teoría es general parece suponer que “nuestro” concepto de Derecho es capaz de revelarnos algo importante de otra cultura que nos permita dar un primer paso para comprenderla. Esta idea parece que necesariamente debe descansar sobre la suposición de que algo de nuestras prácticas jurídicas se repite en otras culturas (Bix 1993, 191). Sin embargo, esto resulta contrario con visiones como las desarrolladas que conciben al Derecho como una práctica social completamente contingente, una cuestión local cuyas características y contenido dependen puramente de instituciones, hechos y comprensiones locales (Green 2004, 565).

2.2 ¿Una teoría que busca la “naturaleza” o la “esencia” de una práctica contingente? ↑

Esto último nos permite saltar de la cuestión sobre la generalidad de las teorías del Derecho a otra cuestión, diferente pero muy relacionada, relativa a la idea de que existe una “esencia” —o “naturaleza”— de las prácticas jurídicas que, por otro lado, son consideradas como un fenómeno puramente contingente. A primera vista, estas afirmaciones necesitan, al menos, de algunas aclaraciones. De hecho, varios son los autores que se han dado cuenta de esto y que han intentado ofrecer algún tipo de explicación (Raz 1998, 273). Algunos, en primer lugar, sugieren que la búsqueda de este tipo de características “necesarias” del Derecho no presupone ni defiende que existan: “simplemente se estipula que si existen tales propiedades, entonces una teoría jurídica exitosa del tipo que estamos considerando debe encontrarlas” (Dickson 2006, 23). Esta defensa deja abierta la cuestión de si existen o no propiedades esenciales o necesarias del Derecho, y sugiere que el tipo de teoría que defiende será inútil sólo cuando se pruebe que dichas propiedades en realidad no existen. Esta respuesta suena un tanto extravagante, porque sigue siendo obvio que la idea de “naturaleza” —o la referencia a elementos “esenciales” o “necesarios”— del Derecho y la tesis de que el Derecho es puramente un artefacto social cambiante resultan muy difíciles de compatibilizar. De hecho, varios autores terminan reconociendo que el estudio de la naturaleza del Derecho como tal y el estudio de nuestra auto-comprensión encapsulada en un concepto se encuentran en tensión (Raz 2007, 66). En concreto, se sugiere que hay una diferencia entre la explicación de un concepto y la explicación de la naturaleza de la cosa. Si bien para Hart la comprensión completa de un concepto consiste en conocer y entender todos los rasgos necesarios de su objeto, se sostiene que en realidad la explicación de un concepto, además de buscar explicar el completo dominio de un concepto, también busca explicar las condiciones mínimas para poseer un concepto. De hecho, se afirma que la mayoría de los conceptos que dominamos y entendemos, lo hacemos sólo de modo incompleto. Esto permite explicar por qué las personas pueden cometer errores sobre los conceptos que dominan de forma incompleta y por qué explicar un concepto es cercano a explicar la naturaleza de aquello de lo que es un concepto y, sin embargo, las dos tareas difieren. A partir de estas afirmaciones se concluye —a diferencia de Hart— que la tarea primaria de la teoría del Derecho es explicar su naturaleza y que la explicación del concepto de Derecho es solamente una tarea secundaria. En concreto, en un país en donde existe Derecho, sólo cuando su población tiene el concepto de Derecho es relevante saber si el Derecho es afectado por su concepto (Raz 2007, 56).

En definitiva, la necesidad que tienen este tipo de teorías del Derecho actual de compatibilizar el estudio de la naturaleza del Derecho —una tarea que busca características esenciales y universales—, con un método que analiza solamente un concepto concreto —y local— de Derecho, el “nuestro”, y con la tesis de que las prácticas jurídicas son un fenómeno puramente contingente, ha dado origen a un debate del cual parecen surgir —al menos— dos tipos de respuestas. La primera, es la que identifica la explicación del concepto de Derecho con la de la naturaleza del Derecho. Esta respuesta sugiere que lo que busca el análisis del concepto de Derecho son las características esenciales de “nuestro” concepto de Derecho, es decir, las características necesarias de un concepto contingente (Coleman 1998, 393, n. 24). Por esto, la búsqueda de verdades conceptuales no termina nunca, ya que —entre otras cosas— nuestro concepto de Derecho fluye (Raz 1996, 6). No obstante, esta fluidez no impide que pueda tomarse una fotografía instantánea, congelando una imagen de un ente que cambia continuamente (Schauer 2005, 498). La segunda posibilidad es la que sugiere que no debe identificarse la explicación del concepto de Derecho con la de la naturaleza de las instituciones, y sostiene que la primera es una tarea local mientras que la segunda es universal (Raz 2007, 67). Más aún, se defiende la idea de que el Derecho puede tener una naturaleza universal por más que las instituciones jurídicas y los conceptos de Derecho cambien a lo largo del tiempo y en diferentes lugares.

Esta visión resulta un tanto confusa. De hecho, autores como Dwokin, Bulygin y Bix dudan y especulan sobre el alcance de estas afirmaciones. Básicamente se presentan dos tipos de interpretaciones. Aquellas que consideran que con esta respuesta a la cuestión de la naturaleza del Derecho se está haciendo un giro hacia una tipo de teoría referencial y semántica como la de Kripke-Putnam o Moore (Dworkin 2006, 229 y Bulygin 2007, 99-102), y aquellas que aclaran que no se buscan teorías platónicas sobre tipos naturales, sino a una noción de necesidad relativa a una sociedad, a un momento o a un modo de vida (Bix 2003, 555). En síntesis, que el intento de establecer las características esenciales y universales del Derecho no debe ser confundido con ansias de permanencia o con la negación de la naturaleza local del concepto de Derecho (Raz 1996, 7). Hay que reconocer que ambas interpretaciones parecen basarse en algunas observaciones hechas por los defensores de esta posición. En concreto, quienes proponen distinguir entre explicar la naturaleza de una cosa, de explicar su concepto, defienden dicha distinción observando que la realidad física no cambia si adquirimos o no un concepto para designarla. Si bien se

aclara que algunas cosas, que pueden ser consideradas sociales, no pueden existir si su concepto no existe —en concreto, se sugiere al matrimonio como un ejemplo de este tipo de cosas—, rápidamente se deja en claro que esto último no es una verdad general, ni es algo que se pueda decir del Derecho. No obstante esto, a renglón seguido se sugiere que el Derecho tampoco es considerado un designador rígido. En otras palabras, no se adhiere a la idea de que el Derecho es un sustantivo que está determinado por el modo en que la realidad está dividida, independientemente de los hablantes —como podría predicarse de los términos de tipo natural—, y se sostiene que una prueba de esto es que se considera que el concepto de Derecho cambia (Raz 2007b, 117-118). El problema aquí es que si bien se deja en claro que el Derecho no es una cosa cuyas propiedades dependan completamente de su concepto, y que tampoco es una cosa completamente independiente de nosotros porque no depende simplemente del modo en que las cosas son; lo que no se hace es precisar específicamente cómo se considera al Derecho y en qué medida sus propiedades dependen o no de "nuestro" concepto de Derecho. Sobre esto último, sólo resta observar que si bien se ha dicho que cuando se intenta explicar la naturaleza del Derecho lo que se intenta es explicar la naturaleza de un tipo de institución social y no el análisis del significado de ningún término, a su vez también se reconoce que el estudio de dicha naturaleza es en gran medida el estudio de nuestra auto-comprensión. Se afirma esto porque se cree que la identificación de una institución social como el Derecho no es introducida por académicos al estudiar la sociedad sino que es parte de la auto-consciencia, del modo en que concebimos y comprendemos nuestra sociedad. Esto significa que al intentar comprender la naturaleza del Derecho suponemos una comprensión del concepto de Derecho, porque este tipo de institución es designado por un concepto (Raz 2007, 65). Nuevamente, si bien estas afirmaciones sirven para comprender un poco más las ideas que se defienden, no termina de quedar claro si en el caso de las instituciones jurídicas se cree que su naturaleza puede depender o depende en alguna medida del modo en que la comprendemos.

En definitiva, tanto la respuesta que identifica la explicación del concepto de Derecho con la de su naturaleza, como la que propone distinguir entre una explicación de la otra necesitan ser precisadas para que pueda comprenderse verdaderamente el alcance de sus afirmaciones. Contra el primer tipo de respuesta surge nuevamente el inconveniente de compatibilizar la idea de que el Derecho es una combinación de lo inmutable y lo contingente. Si se considera que el Derecho es una institución social completamente contingente y potencialmente inestable, la idea de "esencia" o "naturaleza" sólo parece que puede ser aplicable a un concepto concreto de Derecho —por ejemplo, el que surge del lenguaje británico contemporáneo—. De hecho, una teoría como esta, al identificar la explicación de la naturaleza del Derecho con la de su concepto termina siendo capaz de explicar solamente el Derecho de las sociedades que compartieron, comparten o compartirán "nuestro" concepto de Derecho —no admitiendo la posibilidad de que alguna sociedad haya tenido, tenga o vaya a tener Derecho si no compartió o comparte "nuestro" concepto de Derecho—. Debido a que el concepto de Derecho es considerado eminentemente local y contingente —es decir, que puede cambiar a lo largo del tiempo y entre las diferentes sociedades—, la propuesta metodológica que emana de esta concepción es más local que general y con una visión de la "naturaleza" del Derecho puramente contingente y localista (Bix 2006, 30-31). Estas aclaraciones sobre el sentido con que el se utilizan ideas como las de "esencia", etc., llevan a preguntas relativas a la utilidad —en aras de la claridad— de aplicar este lenguaje metafísico a prácticas que son consideradas como puramente contingentes.

A la respuesta que propone distinguir entre la explicación del concepto de Derecho de la explicación de su naturaleza, sosteniendo que la primera es una tarea local mientras que la segunda es universal, puede hacérsele dos tipos de observaciones —además de que pueden aplicársele algunas de las observaciones hechas al final del epígrafe anterior—, cada una relativa a las dos formas de interpretar esta afirmación. La primera, simplemente observa que si con esta tesis se está haciendo realmente un giro hacia un tipo de teoría referencial y semántica, ha de abandonarse la idea de que el Derecho es puramente contingente y potencialmente inestable. La segunda observación se hará a la interpretación de esta respuesta que sugiere que la idea de "necesidad" que maneja esta posibilidad es, en realidad, una noción de necesidad relativa a una sociedad, a un momento o a un modo de vida. Este tipo de respuesta si bien distingue la explicación de la naturaleza del Derecho de la de su concepto, admitiendo que puede existir Derecho en una sociedad que no tenga un concepto de Derecho, parece considerar que en última instancia lo que determina si unas instituciones son jurídicas no es otra cosa que "nuestro" concepto de Derecho. Por ello, se señala que una sociedad que no tenga "nuestro" concepto de Derecho —incluso que no tenga ningún concepto de Derecho— puede tener instituciones que "nuestro" concepto de Derecho reconoce como jurídicas; es decir, puede tener Derecho. En definitiva, esta propuesta es universal en el sentido de que se aplica a toda institución jurídica que se encuentre en cualquier momento y lugar siempre y cuando sea reconocida como tal por "nuestro" concepto de Derecho, y cuya

existencia no presupone la existencia de un concepto de Derecho en la sociedad en la que se encuentra dicha institución. Contra esta explicación se podría observar que la generalidad o universalidad de esta clase de teorías del Derecho parece incapaz de explicar sistemas jurídicos —entendiendo este término en sentido ordinario y no técnico o teórico— como el Maya, el del imperio Romano, etc., pues no conforman las características que determina el concepto moderno de Derecho. A esta crítica se ha replicado advirtiendo su incorrección, ya que se considera que "nuestro" concepto de Derecho es cada vez más inclusivo y menos local —en parte debido a la expansión de "nuestro" conocimiento sobre la historia y el mundo— (Raz 2007, 68). Para finalizar simplemente dejaré un interrogante abierto que puede ayudarnos a comprender algunas dificultades que todavía no han sido del todo resueltas. Si el supuesto proceso de expansión que ha sufrido el concepto de Derecho "occidental" en los últimos siglos se debe, al menos en parte, a la ampliación de nuestro conocimiento, no resulta para nada claro la relación que puede existir entre esta mayor capacidad de conocer prácticas y la expansión de dicho concepto de Derecho. En otras palabras, si se considera que sólo el concepto de Derecho que surge de unas prácticas concretas determina qué es y qué no es Derecho a lo largo de la historia y de las distintas sociedades, parecería que el conocer nuevas prácticas que no conforman el concepto de Derecho del que se parte no tendría por qué ayudar a que dicho concepto de Derecho se expanda.

2.3 ¿Una teoría "descriptiva" que necesariamente debe acudir a valoraciones? ↑

Otro de los inconvenientes que ha tenido que enfrentar el proyecto metodológico desarrollado está relacionado con su caracterización como "descriptivo". Así como ha sido necesario aclarar en qué sentido dicho proyecto propone una teoría "general" del Derecho que busca explicar su "esencia" o "naturaleza", lo mismo sucede con la sugerencia de que este tipo de teoría es solamente "descriptiva".

En esta oportunidad, se aclarará si el tipo de teorías desarrolladas son descriptivas en el sentido de que su propósito es describir algo —en este caso un fenómeno— sin hacer ningún tipo de juicio de valor sobre lo que se analiza —es decir, son avalorativas— (Bix 2006, 18 y Hart 1987, 39). Si bien puede que existan teorías sobre el Derecho que se proponen este objetivo —un ejemplo de esto pueden llegar a ser las teorías sociológicas del Derecho—, este no parece el tipo de teoría que hacen la mayoría de los autores en la actualidad. Por ejemplo, en el caso de Hart, su teoría del Derecho pretende ser catalogada de conceptual o analítica porque busca ofrecer verdades sobre el Derecho en "general", intentando captar su "esencia" o "naturaleza" por medio del análisis conceptual. Por ello, puede decirse que su teoría no es "meramente descriptiva", en el sentido de que lo que se intenta hacer es algo más que un mero reporte de datos u observaciones locales (Coleman y Leiter 1995, 207). Sin embargo, sigue siendo "descriptiva" en el sentido de que pretende describir el modo en que las cosas son, antes que criticarlas o prescribir cómo deben ser. De esta manera, se reconoce que para poder cumplir con el propósito de que sea a la vez general y descriptiva es necesario llevar adelante selecciones y valoraciones que permitan organizar los datos que son objeto de una teoría descriptiva de forma tal que se desechen algunos aspectos de la práctica y se enfaticen otros. Sin embargo, se busca probar que esto no implica que este tipo de teorías sean justificativas o dejen de ser moralmente neutrales, ya que el tipo de valoración que se reconoce como necesaria es sobre la importancia de los diferentes rasgos de las organizaciones sociales y, por lo tanto, es considerada no moral (Raz 2001, 226). En la actualidad este tipo de valoración de importancia ha sido denominado —por algunos autores— valoración indirecta —para diferenciarla de la valoración directa o moral— (Dickson 2006). Con esta propuesta, lo que se hace es intentar encontrar una categoría intermedia entre las teorías catalogables como "descriptivas" y "normativas". Al llevar a cabo este esfuerzo también se critica el uso de la dicotomía descriptivo/normativo para caracterizar los debates metodológicos de la teoría jurídica, por considerarla en exceso simplista (Coleman 2001, 3 y 175).

Basándose en esta idea, otros defensores del tipo de teoría han sugerido la existencia de otros valores no morales —denominados meta-teóricos— que toda teoría del Derecho debe tener en cuenta para ser exitosa (Dickson 2006, 41-48). En este sentido, se ha reconocido que así como la teoría del Derecho —en tanto teoría— tiene un propósito —desarrollar y comunicar argumentos de manera eficaz y coherente—, el modo en que debe buscarse dicho objetivo puede ser mejor o peor según sea o no conforme con determinadas cualidades tales como la sencillez, la claridad, la exhaustividad, la elegancia o la coherencia. De esta manera, las teorías descriptivas del Derecho podrían ser valoradas conforme a criterios no morales (Waluchow 1994, 19-29 y Coleman 2001, 19-29).

Salta a la vista que, para que la propuesta de una teoría del Derecho necesariamente valorativa aunque moralmente neutral sea exitosa, la distinción entre los valores no morales y morales debe ser consistente. Por ello, quienes defienden la existencia de esta distinción han dedicado parte de sus esfuerzos a precisarla (Dickson 2006, 48-49). En concreto, se sostiene que si bien valorar significa adscribir valor a algo, existen diferentes tipos o categorías de proposiciones valorativas. Así, puede existir una categoría —básica— de valor como la propiedad de "ser bueno". Dicha categoría sería la que le corresponde a lo que se ha llamado las valoraciones directas o simplemente valoraciones morales. Sin embargo, se considera que este tipo de valoraciones son sólo un tipo o categoría —entre otras posibles— de proposiciones valorativas. De hecho, se afirma que muchas de las proposiciones que se consideran valorativas no encuadran en esta categoría. Por ejemplo, la categoría que sugiere que algo es importante no consiste en adscribirle un carácter de bueno a lo que se le ha adscrito importancia (Dickson 2006, 67).

Hechas estas observaciones, sólo queda por explicar la relación que existe entre las valoraciones morales —o directas— y las no morales —o indirectas—. Sobre esta cuestión, lo que se busca es probar que si bien existe una relación —o más de una— entre este tipo de valoraciones, dicha relación no implica necesariamente que toda valoración no moral —indirecta— deba sustentarse en una moral —directa—. Más aun, se puntualiza, en concreto, cómo algunos autores defienden sus juicios indirectos sin aludir a proposiciones valorativas directas. Así, se observa cómo una forma de sustentar juicios indirectos sobre el Derecho puede hallarse en el hecho de que la característica que se ha valorado como importante es algo que todo Derecho invariablemente exhibe y que, por ello, revela una forma peculiar en que opera el Derecho. Otra forma de sustentar un juicio indirecto sobre el Derecho puede ser el tener en cuenta las consecuencias —o efectos— que surgen por determinadas creencias de las personas —sujetas al Derecho— sobre algún aspecto del Derecho. Como se considera que el concepto del Derecho es un concepto que la gente utiliza para entenderse a sí misma, las características del Derecho que las personas consideran importantes revelan un aspecto significativo de su auto-entendimiento. Por último, también se ha sugerido que los juicios indirectos pueden sustentarse en el hecho de que, a veces, son necesarios para que puedan realizarse los juicios directos. En otras palabras, la idea es que, a veces, es necesario primero aislar y explicar —por medio de juicios indirectos— características importantes de lo que luego se juzgará de forma directa (Waluchow 1994, 19-29). A partir de esta última idea, se llega a sostener que al elaborar teorías del Derecho descriptivas, se está dando un primer paso necesario hacia la tarea de contestar algunas preguntas de evaluación directa referidas al Derecho. En síntesis, se sostiene que "la naturaleza de los fenómenos que están en consideración y la forma en que pensamos sobre los mismos, es lo que impulsa el enfoque de evaluación indirecta como el adecuado para entender el Derecho" (Dickson 2006, 181).

Con respecto a la posibilidad de que la teoría del Derecho sea valorativa aunque por esto no deje de ser "descriptiva" —en el sentido de que no es justificativa ni deja de ser moralmente neutral—, simplemente se harán dos observaciones que, de nuevo, muestran cómo, al menos, son necesarias más explicaciones de cómo esta posibilidad puede resultar viable. En primer lugar, hay que observar que a la hora de sugerir que algo es importante, habría que aclarar para quién es importante y por qué o para qué. Frente a estas preguntas, parecen existir varias teorías defendibles que sugieren características diferentes como elementos importantes de nuestra práctica. Esto es un inconveniente, porque no nos quedan más elementos —no morales— con base en los cuales decidir entre unos u otros elementos. Además, también sería necesario justificar la idea de que en nuestra práctica existe un único concepto de Derecho, ya que hay quienes consideran que hay más de una teoría sustentable acerca de la naturaleza del Derecho y que la elección entre ellas sólo puede hacerse por razones morales. En segundo lugar, para poder comprender realmente lo que se sugiere cuando se dice que una característica del Derecho puede ser importante pero no necesariamente buena, no sólo basta aclarar con relación a qué o quién dicha característica es importante, sino también hay que preguntarnos para quién y por qué dicha característica puede ser considerada "buena" o "mala". Es cierto que el observador externo de una práctica puede considerar que las características que se captan como "importantes" de una práctica son "malas". Sin embargo, también es cierto que este observador puede no compartir lo que una práctica considera como "bueno". En otras palabras, el observador puede considerar como "malo" algo que la práctica considera como "bueno". Cuando hablamos de *constructos* humanos —en este caso del Derecho— las valoraciones de bueno e importante en realidad parecen estar más vinculadas de lo que las teorías descriptivas reconocen, y lo que puede hacer que parezca lo contrario es que difiera el sujeto —en este caso la práctica— que establece qué es importante del que establece si lo considerado importante es bueno —observador— (Postema 1998, 335). Esto nos lleva a la siguiente pregunta: ¿es realmente una valoración lo que hace el observador al intentar comprender lo que una práctica concreta ha establecido como características importantes de sí misma? (Leiter 2003,

40-43) Esto, a su vez nos remite al principio del problema que intentaba solucionarse: si se pretende hacer una teoría "general" del Derecho y, por lo tanto, realmente se parte de una valoración previa acerca de qué características del Derecho —en sentido general, es decir, no sólo de "nuestras" prácticas— son importantes antes de analizar los elementos o hechos sociales de los que se compone nuestro concepto de Derecho, dicha valoración relacionará lo que considera importante del Derecho —en general— con lo que se considera bueno para dicha práctica social. En cambio, si lo que se pretende es hacer una teoría con aspiraciones de generalidad pero que sólo explica "nuestro" concepto de Derecho —y las características por medio de las cuales dicho concepto reconoce a otras prácticas como jurídicas— y, por lo tanto, la supuesta valoración acerca de lo que es importante es simplemente la captación de lo que parece ser importante sólo para "nuestro" concepto de Derecho —en tanto práctica—, entonces no se habrá podido lograr la intención inicial que era establecer una teoría que fuese a la vez "general" —en el sentido anteriormente enunciado— y "descriptiva" (Finnis 2003, 116).

2.4 ¿Es posible describir de forma moralmente neutral una práctica normativa como el Derecho? ↑

El reconocimiento en la actualidad de que las teorías del Derecho son necesariamente valorativas y la aclaración —o morigeración— del sentido en que son "descriptivas" han puesto sobre el tapete varias cuestiones relacionadas pero diferentes. Anteriormente se ha expuesto una de ellas. Otra es la dificultad inherente que parece presentarse en la tarea de limitarse a describir un fenómeno normativo como el Derecho.

A fin de superar las deficiencias del positivismo jurídico tradicional con respecto a esta cuestión**,** Hart propone explicar el Derecho desde el punto de vista interno. Es decir, aproximarse a él adoptando la perspectiva del participante que acepta el Derecho como guía del comportamiento propio y como crítica al comportamiento ajeno. Aunque, aclara, la adopción del punto de vista interno no implica la aceptación del Derecho como si obligase moralmente. Se trata más bien de observar la realidad jurídica desde su interior, como un conjunto de reglas capaces de orientar la conducta humana (Hart 1963, 110-117). Este movimiento que sugiere Hart para su teoría descriptiva es considerado por algunos como una clase de giro hermenéutico (Bix 2006, 127).

Hart propone este giro de atención hacia el punto de vista interno con la convicción de que ello no implica abandonar su visión descriptiva —es decir, moralmente neutral y no justificativa— del Derecho. A su juicio, una teoría jurídica descriptiva puede comprender y describir la perspectiva interna de las personas que se encuentran sometidas al Derecho sin adoptarla o compartirla. De hecho, incluso si el fenómeno que se tiene que describir está formado por valoraciones, las "descripciones seguirán siendo descripciones, incluso cuando lo que es descrito es una valoración" (Hart 1994, 244).

A esta altura de la explicación de la propuesta metodológica de Hart y sus seguidores ya queda claro que su vuelco hacia el análisis del lenguaje como modo de aproximarse al estudio del Derecho busca una posición intermedia entre una postura moralmente comprometida y aquella que intenta reducir todo el fenómeno jurídico a datos empíricos. En palabras de algunos de los seguidores de Hart, una teoría descriptiva, aunque "impura" y sin aspiraciones "científicas" (Waluchow 1994, 30; Raz 2001, 218 y Marmor 2001, 154).

La pregunta que surge ahora es si esta visión intermedia es realmente posible. Las dudas sobre dicha posibilidad pueden estructurarse básicamente en torno a dos argumentos.

El primer argumento sugiere que en realidad existen muchos puntos de vista internos, es decir, que existen diferentes razones por las que alguien acepta el Derecho como si éste aportase razones para la acción. De hecho, Hart admite esto y sugiere algunas de estas posibles razones: cálculo de intereses, interés desinteresado en los demás, una actitud irreflexiva heredada o deseo de comportarse como lo hacen los demás (Hart 1963, 251). El inconveniente es que para poder explicar el Derecho —y su normatividad— resulta necesario elegir o valorar en cuál de todos estos puntos de vista internos basarse y, para ello, se hace preciso acudir a argumentos o razones morales (Finnis 2000, 45-51).

Un segundo argumento sugiere que si las reglas no pueden concebirse como razones morales objetivas para la acción, no son razones en absoluto, y quien pregunta "¿por qué he de obedecer?" encontrará como respuesta una voluntad

que se le impone (Orrego 1997, 342). Esto es lo que al final termina imposibilitando cumplir con la finalidad con la que se introdujo la noción de punto de vista interno: explicar la normatividad del Derecho —y distinguirlo de una mera banda de ladrones—.

2.5 ¿Qué interés puede tener hacer teoría del Derecho descriptiva de un fenómeno eminentemente normativo? ↑

El *approach* teórico al estudio del Derecho desarrollado, que busca describir al fenómeno jurídico sin acudir a valoraciones morales ni terminar comprometiéndose moralmente con los puntos de vista que describe, tiene que enfrentarse a otro tipo de objeción, no ya relacionada con su viabilidad, sino con el sentido que puede llegar a tener esta empresa.

En relación con esta cuestión, y como ha sido expuesto en epígrafes anteriores suele defenderse la importancia de la descripción del Derecho como un significativo primer paso para cualquier crítica moral útil del mismo. Además, algunos autores, si bien admiten que una visión "general" y "descriptiva" puede parecer una cuestión puramente teórica que no tiene ninguna trascendencia práctica, sostienen simultáneamente que este tipo de teoría no requiere más justificación que cualquier otro tipo de teoría que busca describir un fenómeno (Moore 1998, 326). Por otra parte, también se afirma que el conocimiento no necesita de una justificación instrumental, porque el conocimiento es algo intrínsecamente valioso (Himma 2002, 1224).

Si bien de algún modo puede aceptarse la idea de que el análisis fáctico de un Derecho en particular puede llegar a tener alguna utilidad para entender al Derecho y su normatividad, este tipo de análisis parece ser meramente una parte de la reflexión general —que es la realmente interesante— sobre cuáles son las razones por las que se cumple o se obedece el Derecho, o por qué el Derecho obliga. Y, si nos remontamos un poco más, por qué formamos una práctica como la jurídica, o cuáles son las razones para tenerla, aceptarla y mantenerla. En definitiva, una teoría puramente descriptiva de lo que los jueces, funcionarios y personas obligadas por el Derecho hacen puede parecer insuficiente, porque deja sin responder las preguntas nucleares —antes mencionadas— sobre la normatividad del Derecho (Etcheverry 2006).

2.6 ¿Por qué analizar los conceptos de "nuestra" práctica y no directamente la práctica? ↑

Al principio de este trabajo se ha observado cómo Hart aprovecha el giro que hace la filosofía hacia el análisis del lenguaje para aplicar esta metodología al estudio del Derecho. En concreto, se observó que Hart apela al análisis de los conceptos para poder explicar la naturaleza o esencia del Derecho, porque considera que examinando los conceptos jurídicos relevantes se podría agudizar nuestra percepción de los fenómenos. Además, se explicó por qué Hart considera que la aproximación conceptual al Derecho es superior a la puramente empirista. A estos argumentos, a lo largo de los años se han ido sumando otros. Por ejemplo, se ha sostenido que una teoría puramente empirista es incapaz de llegar a ser una teoría general del Derecho o de explicar la naturaleza del Derecho. También se ha observado que el análisis conceptual es prioritario porque no se puede estudiar el Derecho hasta que no se sabe qué significamos cuando decimos "Derecho" (Coleman 2002, 347). Otros, en cambio, observan que las investigaciones conceptuales permiten, por medio de las definiciones, mantener una estructura dentro de la cual pueden tener sentido las discusiones, y evitar que se produzcan debates aparentes sobre posiciones superpuestas (Bix 2006, 32). Por último, otros sugieren que el análisis conceptual tiene como virtud su capacidad para identificar y explicar los elementos importantes del Derecho sin prejuzgarlos, sirviendo de antecedente para valoraciones directas (Dickson 2001, 191).

Contra estos argumentos se han presentado diferentes críticas. Por un lado, existen quienes piensan que es un error intentar buscar la naturaleza del Derecho sólo con base en análisis conceptuales y sin tener en cuenta las verdades empíricas o sociológicas (Tamanaha 1997). Otros, con base en ideas nominalistas ponen en duda la existencia de esencias o naturalezas (Leiter 2007, 535). Por el contrario, hay quienes consideran que dicha naturaleza puede ser

suficientemente fuerte para trascender lo meramente empírico y conceptual y, por ello, sugieren no perder el tiempo haciendo teorías sobre conceptos, en vez de hacer teorías sobre el Derecho que sean capaces de conceptualizarlo (Finnis 2003, 125). De hecho, también se ha observado que las afirmaciones conceptuales, como opuestas a las afirmaciones que pretenden explicar algo para poder predecir un suceso —por ejemplo, siempre que se calienta agua a cierta temperatura bajo determinadas condiciones, hierve—, tampoco son contrastables o falsables, al menos no en un sentido obvio. Su vinculación con la observación y las afirmaciones empíricas es más compleja y muchas veces puede resultar difícil —o imposible— determinar por qué una caracterización conceptual es mejor que otra. Contra todo esto se suele aclarar que las teorías generales y descriptivas no aspiran a acceder a ideas de "esencia" trans-históricas, trans-empíricas e ideales.

Lo interesante de este debate es que obliga a los defensores de dichas teorías a exponer con mayor claridad su pensamiento, dejando en evidencia algunos de sus inconvenientes. En concreto, explicita el particular sentido en que proponen hacer una teoría "general" —aunque realmente sólo sea capaz de explicar unas prácticas concretas, con unas coordenadas de tiempo y espacio bien claras— y "descriptiva" —aunque en realidad no describa hechos empíricos— acerca de la "naturaleza" —que consideran contingente— del Derecho por medio del análisis conceptual.

3 ¿Qué le puede aportar la filosofía a la teoría del derecho? ↑

En apretada síntesis, algunas de las conclusiones que deja este proceso de debate y clarificación que se ha instalado en la metodología mayoritariamente utilizada en la actualidad para estudiar el Derecho son:

i) muchos autores pretenden explicar la "naturaleza" o la "esencia" del Derecho por medio de una teoría que califican de "general" y "descriptiva". Sin embargo, estas afirmaciones han de ser aclaradas para evitar confusiones y malentendidos.

ii) resulta necesario que se aclare qué significa que se busca la naturaleza del Derecho. Debido a que suele identificarse la explicación del concepto de Derecho con la explicación de su naturaleza, este tipo de teorías buscan las características esenciales de "nuestro" concepto de Derecho, es decir, las características necesarias de un concepto que consideran puramente contingente. Por ello, tal indagación no debe ser confundida con ansias de permanencia o con la negación de la naturaleza local del concepto de Derecho. En definitiva, el hecho de que se considere al Derecho como un artefacto puramente social y contingente implica que la idea de "esencia" o "naturaleza" sólo puede ser aplicada a un concepto concreto de Derecho —por ejemplo, el que surge del lenguaje británico contemporáneo—.

iii) lo anterior afecta íntimamente a la supuesta generalidad de este tipo teorías. Nuevamente, si el Derecho es un fenómeno puramente contingente, el resultado de un análisis conceptual de una práctica concreta sólo puede ser capaz de explicar el significado que dicha práctica concreta le da al concepto de "Derecho". Por ello, este tipo de teoría pretende justificar su generalidad en el hecho de que es capaz de aportar una descripción del Derecho que puede ser utilizada como medida de comparación para establecer la juridicidad de otras prácticas —actuales, del pasado, e incluso del futuro—. Como se ha visto, lo particular de esta respuesta es que este tipo de teoría, si bien es considerada "general" puede terminar siendo incapaz de explicar sistemas normativos que en el lenguaje cotidiano son considerados jurídicos. En síntesis, dichas teorías en alguna medida son más locales que generales.

iv) también resulta necesario clarificar en qué sentido estas teorías son "descriptivas". Para valorar esto resulta oportuno preguntarse: ¿es realmente posible una visión intermedia —entre el empirismo y las posiciones moralmente comprometidas—? A simple vista sólo surgen dos grandes posibilidades para explicar el Derecho: i) hacer una descripción sociológica de cuáles son las características de una práctica jurídica en concreto y acerca de por qué las personas tratan a las reglas jurídicas como suministradoras de razones para la acción; o ii) determinar cuáles son las características esenciales de toda práctica jurídica y cuándo y bajo qué condiciones las reglas dan efectivamente razones para la acción —es decir, cuándo la obediencia al Derecho está justificada—. Ambas posibilidades parecen contrarias al objetivo de Hart, la primera por no ser ni conceptual ni general y la segunda por ser una posición moralmente comprometida. Un ejemplo de lo complejo que resulta encontrar dicha visión intermedia es lo difícil que

es defender el análisis del Derecho desde el punto de vista interno sin acudir a ningún tipo de argumento o razón moral. No obstante, se deja abierta la respuesta sobre la viabilidad de dicha tercera opción (entre empirismo y posiciones moralmente comprometidas), aunque consideramos que los inconvenientes observados exigen que siga buscándose cómo defenderla o aclararla.

v) otro punto necesitado de mayor precisión es la relación que tiene la propuesta metodológica desarrollada con la práctica jurídica. Anteriormente se ha observado en esta teoría una falta de interés por las preguntas normativas acerca de las razones por las que obliga el Derecho. Además, también se observó la misma falta de interés por la resolución de los problemas jurídicos concretos. Todo esto se justifica en el tipo de relación que dicha metodología considera que debe existir entre las prácticas y la teoría. En concreto, se sugiere que al ser puramente descriptiva la teoría no puede más que describir los problemas sin prescribir cómo solucionarlos.

Justamente es en los últimos desafíos mencionados que la Filosofía puede acudir en auxilio de la Teoría del Derecho. La Teoría del Derecho parece solo preocupada por describir formal y estructuralmente los elementos con que el fenómeno jurídico se nos presenta (Rivas 2010, 482). Si bien esta tarea puede resultar indispensable, el Derecho reclama de la Filosofía una indagación que comprenda, y no solo describa, el *por qué* y el *para qué* del Derecho. Esto supone reconocer que el Derecho, en tanto construcción humana, solo puede ser adecuadamente comprendido teniendo en cuenta la finalidad o el propósito para el cual fue creado. Si el objeto sobre el que se indaga fuese una realidad natural (v. g., el agua), resulta justificado detener el estudio en la pregunta sobre "cómo" es dicha realidad. Sin embargo, cuando se trata de realidades creadas o construidas por el hombre, para poder comprender adecuadamente "cómo es dicha realidad", además de describir su forma y estructura, también es necesario preguntarse acerca de su "por qué" y su "para qué". En palabras de Serna, "ello significa que el mero análisis o la pura descripción, en el caso de los artefactos o entidades creadas por el hombre, proporcionan sólo un conocimiento parcial del objeto que describen. La comprensión no es sustituible por el análisis. Antes bien, éste requiere de aquélla" (Serna 2014, 207). Dicho en otras palabras, aquello que el Derecho *es* no se logra establecer únicamente por aquello en lo que el derecho *consiste*, sino por su finalidad y por el reflejo de dicha finalidad en su forma y estructura (Moore 1992, 206-208).

Es en esta indagación sobre el sentido o fin del Derecho que la Filosofía es capaz de complementar el papel de la Teoría del Derecho. Para esta labor, la Filosofía del Derecho toma necesariamente el análisis descriptivo del fenómeno jurídico y la descripción sociológica de las funciones sociales que cumple el Derecho en la vida social. A partir de estos resultados puede preguntarse por qué la práctica jurídica es como es morfológica y estructuralmente. Así, la Filosofía ya se adentra sobre los fines del Derecho y valora la adecuación de la práctica jurídica a dichos fines.

Sin embargo, la Filosofía todavía es capaz de aportar más elementos para la indagación de la esencia del Derecho. Dicho de otra manera, además de tener en cuenta i) la forma, ii) la estructura y iii) los fines históricos de los elementos con que se nos presenta el fenómeno jurídico, la Filosofía del Derecho puede iv) poner en conexión la práctica social en su conjunto con la existencia humana. Esto sitúa a la Filosofía del Derecho en el contexto de una Filosofía Política y, más básicamente todavía, en el de una Filosofía de la existencia humana (Cotta 1987, *passim*). Esta última referencia no es sólo para fundar el elemento ideal del Derecho, sino para poder explicar la forma y la estructura del Derecho y para ofrecer un concepto acabado de aquello que *es* el Derecho (Serna 2014, 210).

La apertura a la pregunta sobre el fin o sentido de la práctica jurídica y la conexión de dicha apertura con un abordaje filosófico político y existencial permiten ampliar la mirada y comprender al Derecho como una parte del razonamiento práctico general; es decir, como parte del razonamiento que busca que las deliberaciones y elecciones que hacen los hombres a fin de actuar sean razonables (Finnis 2014, 133 y Alexy 2003, 145). Así, la Filosofía del Derecho puede abordar racionalmente el problema del sentido o fin del derecho, de "para qué sirve el Derecho" constatando si el mismo se ha creado y se justifica como un medio valioso para el beneficio del hombre y la sociedad (Vigo 2015, 6).

En definitiva, el auxilio que la Filosofía del Derecho puede ofrecerle a la Teoría del Derecho es la capacidad de comprender de forma verdaderamente global al fenómeno jurídico, integrando sus elementos formales y sustantivos y mostrando su conexión interna. Más aun, permite indagar por la esencia o el *sentido* del Derecho que puede incluso llegar a tener un valor transcultural o meta-histórico. Esto, obviamente, no significa que el Derecho no sea un producto histórico y cultural, sino que el Derecho es una realidad que tiene historia, que su naturaleza se manifiesta en la historia, pero que no por eso se reduce a pura historia (Serna 2014, 210). Además, encontrando la esencia del

Derecho en su sentido o finalidad, la Filosofía también permite dar respuesta a un aspecto central al que no llega el abordaje meramente teórico-descriptivo. En concreto, permite enfrentar la pregunta de "por qué debo obedecer al Derecho" o "por qué mantener o no eliminar el Derecho". Poder abordar esta pregunta posibilita, por un lado, enfrentar en todas sus dimensiones el problema de la normatividad del Derecho y, por el otro, re-vincular a las reflexiones sobre el Derecho con el abordaje de la razones que permiten iluminar la resolución de problemas jurídicos concretos.

4 Bibliografía ↑

Alexy, R. 2003. "La naturaleza de la filosofía del derecho". *Doxa* 26.

Bix, B. 1993. *Law, Language, and Legal Determinacy*. Oxford: Clarendon Press.

Bix, B. 2003. "Raz on Necessity". *Law and Philosophy* 22.

Bix, B. 2006. "H. L. A. Hart y el giro hermenéutico en la teoría del Derecho". Traducción de P. Navarro y H. Seleme. En *Teoría del Derecho: ambición y límites*. Madrid: Marcial Pons.

Bix, B. 2006. "Interrogantes en la interpretación jurídica". Traducción de H. Bouvier. En *Teoría del Derecho: ambición y límites*. Madrid: Marcial Pons.

Bulygin, E. 2007. "Raz y la teoría del Derecho. Comentarios sobre «¿Puede haber teoría del Derecho?»". En *Una discusión sobre la teoría del Derecho*, J. Raz, R. Alexy y E. Bulygin. Madrid: Marcial Pons.

Coleman, J. 1998. "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis". *Legal Theory* 4.

Coleman, J. 1998b. "Second Thoughts and Other First Impressions". En *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, editado por B. Bix. Oxford: Clarendon Press.

Coleman, J. 2001. *The Practice of Principle*. Oxford: Clarendon Law Lectures.

Coleman, J. 2002. "Methodology". En *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, editado por J. Coleman y S. Shapiro. Oxford: Oxford University Press.

Coleman, J., y Leiter, B., 1995. "Determinacy, Objectivity, and Authority". En *Law and Interpretation: Essays in Legal Philosophy*, editado por A. Marmor. Oxford: Clarendon Press.

Cotta, S. 1987. *El derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica*. Traducción de I. P. Pastor. Pamplona: Eunsa.

Dickson, J. 2004. "Method in Jurisprudence: A Critical Survey". *Legal Theory* 10.

Dickson, J. 2006. *Evaluación en la teoría del Derecho*. Traducción de J. Vega Gómez. México: UNAM.

Dworkin, R. 1983. "A Reply". En *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, editado por M. Cohen. London: Duckworth.

Dworkin, R. 2006. "The Concepts of Law". En *Justice in Robes*. Mass.: Harvard University Press.

Endicott, T. 2002. "Herbert Hart y el aguijón semántico". Traducción de P. E Navarro. En *La relevancia del derecho: Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, editado por P. E. Navarro y M. C. Redondo. Barcelona: Gedisa.

Etcheverry, J. B. 2006. "What has been the Outcome of the ILP/ELP Debate?". *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 106.

Etcheverry, J. B. 2014. “Scope and Limits of General and Descriptive Theories of Law”. *Rivista di filosofía dil diritto* 1.

Finnis, J. 2003. “Law and What I Truly Should Decide”. *American Journal of Jurisprudence* 48.

Finnis, J. 2014. “What is the Philosophy of Law”. *The American Journal of Jurisprudence* 59.

Green, L. 2004. “General Jurisprudence: A 25th Anniversary Essay”. *Oxford Journal of Legal Studies* 25.

Hart, H. L. A. 1963. *El Concepto de Derecho*. Traducción de G. Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Hart, H. L. A. 1983. “Definition and Theory in Jurisprudence”. En *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Oxford University Press.

Hart, H. L. A. 1987. “Comment on Dworkin ‘Legal Theory and the Problem of Sense’” En *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, editado por R. Gavison. Oxford: Clarendon Press.

Hart, H. L. A. 1994. *Postscript*. En *The Concept of Law*. 2da ed. Oxford: Clarendon Press.

Himma, K. 2002. “Substance and Method in Conceptual Jurisprudence and Legal Theory”. *Virginia Law Review* 88.

Leiter, B. 2001. “Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis”. En *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to ‘The Concept of Law’*, editado por J. Coleman. Oxford: Clarendon Press.

Leiter, B. 2003. “Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence”. *American Journal of Jurisprudence* 48.

Lyons, D. 1998. *Aspectos morales de la teoría jurídica*. Traducción de S. Alvarez. Barcelona: Gedisa.

MacCormick, N. 1981. *H. L. A. Hart*. London: Arnold.

Marmor, A. 2001. *Positive Law and Objective Values*. Oxford: Clarendon Press.

Marmor, A. 2006. “Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral”. *Oxford Journal of Legal Studies* 26.

Moore, M. 1992. “Law as a Functional Kind”. En *Natural Law Theory*, editado por R. P. George. Oxford: University Press.

Moore, M. 1998. “Hart’s Concluding Scientific Postscript”. *Legal Theory* 4.

Orrego, C. 1997. *H. L. A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*. Pamplona: EUNSA.

Postema, G. J. 1998. “Jurisprudence as Practical Philosophy”. *Legal Theory* 4.

Raz, J. 1996. “On the Nature of Law”. *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* 82.

Raz, J. 1998. “Two Views of the Nature of the Theory of Law”. *Legal Theory* 4.

Raz, J. 2001. “La cuestión de la naturaleza del Derecho”. Traducción de M. L. Melon. En *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa.

Raz, J. 2007. “¿Puede haber una teoría del Derecho?”. Traducción de R. Sánchez Brigido. En *Una discusión sobre la teoría del Derecho*, J. Raz, R. Alexy y E. Bulygin. Madrid: Marcial Pons.

Raz, J. 2007b. “Teoría y conceptos. Réplica a Alexy y Bulygin”. Traducción de R. Sánchez Brigido. En *Una discusión sobre la teoría del Derecho*, J. Raz, R. Alexy y E. Bulygin. Madrid: Marcial Pons.

Rivas, P. 2005. “Filosofía del Derecho”. En *Diccionario de Filosofía*, editado por A. L. González. Pamplona: EUNSA.

Rodríguez Molinero, M. 2000. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Servicio de publicaciones de la

Universidad Complutense de Madrid.

Schauer, F. 2005. “The Social Construction of the Concept of Law: A Reply to Julie Dickson”. *Oxford Journal of Legal Studies* 25.

Serna, P. 2014. “Presupuestos programáticos para la elaboración de un concepto Hermenéutico-Ontológico de Derecho”. *Revista Portuguesa de Filosofía* 70.

Tamanaha, B. Z. 1997. *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law*. Oxford: Clarendon Press.

Vigo, R. 2015. “¿Qué filosofía del Derecho?”. *Pro-manuscrito*.

Waluchow, W. 1998. “The Many Faces of Legal Positivism”. *University of Toronto Law Journal* 48.

5 Cómo Citar ↑

Etcheverry, Juan Bautista. 2018. "Teoría y filosofía del derecho". En Diccionario Interdisciplinar Austral, editado por Claudia E. Vanney, Ignacio Silva y Juan F. Franck. URL=http://dia.austral.edu.ar/Teoría_y_filosofía_del_derecho

6 Derechos de autor ↑

DERECHOS RESERVADOS Diccionario Interdisciplinar Austral © Instituto de Filosofía - Universidad Austral - Claudia E. Vanney - 2018.

ISSN: 2524-941X