

DESACUERDOS, ANALISIS Y CONCEPTOS: REFLEXIONES METATEÓRICAS PARA LA TEORÍA DEL DERECHO DEL SIGLO XXI*

DISAGREEMENTS, ANALYSIS AND CONCEPTS: METATHEORETICAL THOUGHTS ON 21ST CENTURY LEGAL THEORY

NICOLÁS LÓPEZ PÉREZ¹

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: PARA UNA COMPRENSIÓN DE LA TEORÍA DEL DERECHO DE ESTE SIGLO. II. DESACUERDOS SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO Y SU CONTENIDO. III. ¿OBJETIVO O INDETERMINADO?: EL ECLECTISMO TRAS EL ANÁLISIS CIENTIFICISTA Y EL CONCEPTUAL. IV. REFLEXIONES FINALES.

Summary: I. INTRODUCTION: FOR AN UNDERSTANDING OF THE 21ST LEGAL THEORY. II. DISAGREEMENTS ON THE CONCEPT OF LAW AND ITS CONTENT. III. OBJECTIVE OR UNDETERMINED?: THE ECLECTISM BEHIND THE SCIENTISTIC AND CONCEPTUAL ANALYSIS. IV. FINAL THOUGHTS.

Resumen: El presente trabajo intentará demostrar la existencia de una confluencia entre el análisis científicista y el conceptual sobre el derecho, que se traduce en un eclecticismo en la teoría del derecho del siglo XXI y la manera de comprender a ésta. Esto último es importante para examinar el estado del arte que las discusiones post-debate Hart-Dworkin sobre la teoría general del derecho han traído hasta hoy. En lo sumo, se dividirá esta investigación en dos ejes de reflexión metateórica. El primero, se ocupará del desacuerdo sobre el concepto de derecho en la *analytical jurisprudence*, a través de una radiografía de las discusiones a que dio lugar la publicación de la obra de Hart con las posteriores tesis de Dworkin y Raz sobre el concepto. El segundo, suponiendo que el derecho es un concepto interpretativo, se referirá a su inconsistencia de ser objetivo ni indeterminado a la vez, poniendo en entredicho al análisis científicista con el conceptual, respectivamente.

Palabras clave: *Análisis conceptual – Desacuerdo – Analytical Jurisprudence – Cientificismo – Concepto de Derecho*

* Este trabajo estuvo contenido en una investigación anterior presentada en el III Premio Joven Investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid el 28 de Octubre de 2013 bajo el título de “Acerca del valor epistémico del concepto de derecho: Objetivismo, indeterminación y desacuerdo en la teoría jurídica”. Agradezco la supervisión de esta investigación y comentarios del Dr. Rafael Escudero Alday al primer borrador. También no puedo sino congratular las sugerencias y el apoyo de Michaela Schaueroová en la elaboración de este manuscrito.

¹ Departamento de Ciencias del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Contacto: nicolopez@ug.uchile.cl

Abstract: This paper will attempt to demonstrate the existence of a confluence between the scientific and the conceptual analysis about the Law, which results into an eclecticism in the 21st century legal theory and how to understand it. The latter is important to examine the state of the art post-Hart-Dworkin debate, discussing the general theory of law brought up today. At best, this research will be divided into two lines of metatheoretical thought. The first will deal with the disagreement over the concept of law in analytical jurisprudence, through a radiography of the discussions which led to the publication of Hart's work with later Dworkin and Raz thesis on the concept. Second, assuming that law is an interpretive concept, should refer to their inconsistency to be objective or indeterminate at a time, calling into question the scientific and the conceptual analysis, respectively.

Keywords: *Conceptual analysis – Disagreement – Analytical Jurisprudence – Scientism – Concept of Law*

“Ciertos aspectos del lenguaje son convencionales como las relaciones de sentido-sonido, la pronunciación de las palabras, la superficie de las reglas de la gramática y así (...) esa convencionalidad es controversial y sugiere que tenemos que tener claridad sobre qué reglas convencionales son, qué las hace únicas, y que las hace filosóficamente sensibles al momento de enfrentarse al tipo de controversias sobre lo que hacemos respecto de la convencionalidad de esto o aquello...”².

Andrei Marmor.

I. INTRODUCCIÓN: PARA UNA COMPRENSIÓN DE LA TEORÍA DEL DERECHO DE ESTE SIGLO

A lo largo de la historia de las ideas, la discusión acerca del valor de los conceptos ha fluctuado entre las ramas de la filosofía pura (lógica, epistemología, ética y metafísica). En su versión contemporánea se ha sindicado un nexo con el derecho y su filosofía³. Así da cuenta en el llamado debate Quine-Putnam. Con la crítica que hizo *Two Dogmas of Empiricism* (1952) a la distinción analítico-sintético y el reduccionismo de la ciencia, el cientificismo volvió a tomar la delantera como concepción filosófica en la tradición analítica, descubriendo algunas debilidades que transformaría en fortalezas. Sin embargo, Putnam criticaría esta idea de la eliminación de lo analítico y lo sintético como categorías, proponiendo “el desplome de la dicotomía hecho/valor”. De ese texto, se recoge, que en la realidad, existen dos clases de valores: los éticos (morales) y los epistémicos. Principalmente, los conceptos tienen aparejado uno u otro valor de los antes mencionados, bien también podrían tener ambos, para lo cual habría que diferenciar en la misma dicotomía y ofrecer una explicación. Sería tarea de una especie de metateoría jurídica (teoría de la teoría del derecho) el vislumbrar el valor epistémico

² A. MARMOR, *Social Conventions: From Language to Law*, Princeton University Press, Princeton, 2009, p. x. La traducción es mía.

³ Véase B. LEITER, *Naturalismo y teoría del derecho*, trad. de Giovanni Battista Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2012.

y/o ético que puede ser transversal al del concepto de derecho. Claro que esta investigación, en principio, solo está interesada en la discusión por el valor epistémico encarnado por dos clases de análisis al fenómeno jurídico: el conceptual y el científicista.

El análisis conceptual en la reflexión del derecho es introducido por la obra de Hart, *The Concept of Law*, donde expone que el derecho en tanto concepto es equívoco y sobre la descripción de su naturaleza o esencia no hay una sola respuesta correcta, en contraposición a las posturas que pregonan sobre la base de una solución certera. Nace la idea de ir contra lo exacto⁴ y se funda una nueva teoría del derecho, orientada únicamente a una cuestión de métodos y propósitos de la filosofía jurídica, pero principalmente a responder la pregunta: ¿qué es el derecho?

La disputa entre los teóricos, luego de *The Concept of Law* y las réplicas de Dworkin al texto, ha imposibilitado la claridad de una visión general de las posturas. Para ello, en la literatura sobre el tema se habla constantemente acerca del progreso de la teoría y de los estudios en la materia, el que se debe alcanzar y la mejor manera en que se puede es, a través de la revisión del concepto en sí, lo que encierra la cuestión de pensar a lo qué es el derecho (una actividad humana susceptible de reflexión).

En ese sentido, para una “teoría general del derecho” ¿qué concepto de derecho no es útil para esta empresa? ¿Quién define el valor de un concepto, es decir, decide cuál es mejor que el otro? ¿En qué medida la preocupación por la posibilidad de una teoría general del derecho está involucrada con el desacuerdo sobre el concepto del mismo en la literatura contemporánea, por ejemplo, en autores como Dworkin, Raz, Green, Coleman y otros? ¿Puede distinguirse entre conceptos del derecho?

Este trabajo para intentar dar respuesta a las anteriores preguntas, evaluará críticamente la construcción del argumento acerca del valor epistémico del concepto de derecho (obviando el problematizar su valor ético) en la bibliografía adecuada, con el fin de demostrar la existencia de una confluencia entre el análisis científicista y el conceptual, que marca un eclecticismo en la teoría del derecho del siglo XXI y la manera de comprender a ésta. Esto último, resulta importante para examinar el estado del arte que las discusiones post-debate Hart-Dworkin sobre la teoría general del derecho han traído hasta hoy. En lo sumo, se dividirá esta investigación en dos ejes de reflexión.

El primero, se ocupará sobre la idea del desacuerdo sobre el concepto de derecho en la *analytical jurisprudence*, a través de una radiografía de las discusiones a que dio lugar la publicación de *The Concept of Law* en los sucesores de su autor, encabezadas por las críticas de Dworkin en los primeros capítulos de *Law's Empire* (1986), sobre el objeto de la teoría jurídica en Hart y por la tesis sobre las propiedades esenciales del derecho, propuesta por Raz.

⁴ Esto hace referencia a los intentos anteriores por conceptualizar al derecho, pienso en la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, la determinación del objeto de la teoría jurídica de John Austin, la determinación de la naturaleza del fenómeno “derecho” en el filósofo danés, Alf Ross, y otros de menor interés (von Ihering, von Savigny, Radbruch, Larenz, Bentham).

El segundo, suponiendo que el derecho es un concepto interpretativo, se referirá a su inconsistencia de ser objetivo ni indeterminado a la vez, poniendo en entredicho al análisis científicista con el conceptual, respectivamente.

II. DESACUERDOS SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO Y SU CONTENIDO

“El derecho es (conocido como) uno de los fenómenos sociales más interesantes y complejos de nuestra cultura”⁵. Por ello proliferan los análisis interdisciplinarios, así de igual manera, las distintas maneras de abordarlo, lo que a la postre, origina disonancias entre las posturas que concurren al diálogo. En éste, emergen como tales los puntos de acuerdo y desacuerdo. Decantan en él las distintas intuiciones acerca de cómo son y cómo deben ser las cosas. Este es un momento del peculiar proceso de humanización que permite la filosofía. La capacidad de tener intuiciones divergentes (que, sin embargo, son susceptibles de volverse inteligibles mediante la argumentación racional para quienes no las comparten) permite a los seres humanos humanizarse mutuamente. Tal es el propósito de la interacción humana en una filosofía que se nutre de la cambiante constelación de visiones que coexisten, cohabitan y se suceden en la historia acerca de cómo son y cómo deben ser las cosas. Solo así es posible ganar un acceso teórico a lo que somos⁶.

Si damos un paseo por la historia de la filosofía analítica del derecho, cuyo climax ubica la discusión sobre el concepto de derecho propiamente tal con la obra de Hart, *The Concept of Law*, vemos que se han desarrollado disputas sobre cómo es posible alcanzar una teoría general del derecho, si es aclarando el sentido del vocablo “derecho” o bien, si es imposible abarcar la generalidad de los casos y se debe proceder a otros métodos. La teoría del derecho oscila en esa cuestión ontológica que parece fundamental a la hora de elaborar una “teoría” o hablar sobre el *ser* del derecho. Antes de proceder a la radiografía de las discusiones que dan luz al desacuerdo sobre el concepto de derecho luego de la publicación de la obra de Hart, es necesario considerar un par de antecedentes filosóficos y metafilosóficos sobre lo importante es que exista un concepto de una determinada cuestión susceptible de ser ubicada en la realidad. Para intentar sostener lo anterior, utilizaré una serie de premisas, a continuación detallo las cuatro primeras:

1. *Nuestro concepto de x depende en qué ser lo que debería ser ese concepto.*
2. *Nuestro concepto de x depende en lo que x debería ser”.*

X en este caso, será el derecho.

⁵ A. MARMOR, *Interpretación y teoría del derecho*, trad. de Marcelo M. Hurtado, Gedisa, Barcelona, 2001.

⁶ M. E. ORELLANA BENADO, *Prójimos lejanos. Ensayos de filosofía en la tradición analítica*, Ediciones UDP, Santiago de Chile, 2012.

3. El derecho es funcional a la vida humana y como tal, debe tener justificaciones teóricas y explicaciones teóricas⁷.
4. El derecho es “como” una *práctica normativa*⁸.

Respecto del derecho, la premisa 1, por un lado, podría implicar que nuestro concepto del derecho responda a las normas que gobiernen la formación de los conceptos y la construcción de las teorías (normas teoréticas o normas epistémicas) y ello es revisable a la luz de las consideraciones normativas de esa clase. Por otro, la premisa 2 podría implicar que nuestro concepto del derecho responda a normas morales o políticas en la forma que haga que el análisis de ese concepto, primordialmente sea parte de un sustantivo argumento político o moral. Según Coleman, ciertamente *nuestro* concepto del derecho depende en parte de qué debería ser *nuestro concepto* del derecho, pero este mismo no es, en ninguna forma teóricamente interesante, dependiente de lo que el derecho debe ser. Sobre esto volveré más adelante, por ahora basta decir que una aproximación al concepto de derecho debiera preocuparse que el asunto sea de carácter epistémico o teórico, he ahí el sentido de la premisa 3⁹.

Si pensamos en el plano fáctico, que es aquel donde el derecho parece estar situado en tanto se incorpora a la sociedad como un fenómeno de la misma, en las discusiones en filosofía pura, se expresó lo siguiente:

“La búsqueda de una demarcación satisfactoria de lo ‘fáctico’ se convirtió en la búsqueda de un modo satisfactorio de trazar ‘la distinción analítico/sintético’ (Entonces, la empresa de Quine) no sugirió, sin embargo, que todo enunciado del lenguaje de la ciencia deba ser considerado un enunciado de ‘hecho’ (esto es, ‘sintético’); más bien observó que la idea entera de clasificar todo enunciado, incluidos los de las matemáticas puras, o bien como ‘fácticos’ o bien como ‘convencionales’ (lo que para los positivistas lógicos equivalía a ‘analíticos’) era un embrollo insoluble. Pero si la idea de que hay una noción clara de lo que es un hecho se derrumba junto con la irremediabilmente restrictiva imagen empirista que le dio lugar, ¿qué ocurre con la dicotomía hecho/valor?”¹⁰.

La idea de Putnam apuntó a evitar reconocer que la selección de teorías presupone valores, y que es parte de una sucesión natural del “progreso de la ciencia” y de la efectividad de una teoría el hacerlo. Asimismo, quienes han elucubrado sus

⁷ Ambas pueden iluminar o profundizar nuestro entendimiento; las explicaciones lo hacen contándonos qué es la naturaleza de un objeto o bien, por qué las cosas son como son; en contraste, las justificaciones buscan defender o legitimar ciertos tipos de cosas, por ejemplo, acciones, reglas, cursos de conductas, prácticas, entre otros. Las explicaciones están reguladas por normas de precisión descriptiva y/o predictiva, mientras que las justificaciones lo están por las apropiadas normas morales. Véase J. COLEMAN, *The Practice of Principle: In a Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 3.

⁸ *Ibid.*, p. xviii

⁹ *Ibid.*, p. 3.

¹⁰ H. PUTNAM, *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, trad. de Francesc Forn i Argimon, Paidós, Barcelona, 2001, p. 44.

planteamientos sobre lo anterior, al igual que los empiristas¹¹, estos filósofos están determinados a mantener los ojos cerrados ante el hecho de que la ciencia física presupone juicios sobre coherencia, simplicidad (que no es un único ‘parámetro’, sino que engloba distintos valores), belleza, naturalidad y demás, muchos autores contemporáneos que se refieren a los valores como puramente ‘subjetivos’, y a la ciencia como puramente ‘objetiva’, siguen con los ojos cerrados ante el mismo hecho. Y, sin embargo, la coherencia, la simplicidad y similares son valores. Putnam llama a dejar de pensar en el concepto de ‘valor’ como sinónimo de una cuestión ‘ética’, máxime si la ciencia presupone valores, los llamados epistémicos.

El valor y la normatividad permean la totalidad de la experiencia. También aquello que se considera ciencia está determinado por las creencias de lo que según las personas debería ser la ciencia (valores tales como simpleza, belleza científica, etc.). Aciertos de la tesis pragmática de Putnam que entregan insumos a la epistemología en el camino de la elucidación del conocimiento y la elaboración de explicaciones y teorías para dar cuenta de los fenómenos o del mundo en sí. Sin embargo, esto no quiere decir que no existan diferencias entre valores epistémicos y éticos. Una distinción ordinaria, que puede construirse para ciertos propósitos (en tanto da cuenta del hecho de que ambas clases de valores, muchas veces se encuentran vinculados a preocupaciones diversas).

En la concepción clásica, nos acercamos a la verdad sobre el mundo escogiendo teorías que se caracterizan por su simplicidad, coherencia, éxito predictivo en el pasado, etc. (parte de esta idea de la navaja de Ockham). Esto es parte de lo que se llama *objetividad*. Para Putnam, ésta no es más que una “correspondencia con los objetos (idea que es amigable con la etimología de la palabra, por supuesto)”¹². Sobre este punto, no solo las verdades normativas tales como ‘el aborto es malo’ son las que sirven de contraejemplos de esta idea: como argumento en otro lugar, la verdad matemática y la verdad lógica son igualmente ejemplos de “objetividad sin objetos”. Hay muchos tipos de enunciados -enunciados genuinos, que admiten términos como ‘correcto’, ‘erróneo’, ‘verdadero’, ‘falso’, ‘justificado’ e ‘injustificado’¹³- que no son descripciones pero están bajo control racional, regidos por estándares apropiados a sus funciones y contextos particulares. La de permitirnos describir el mundo es una función extremadamente importante del lenguaje; no es la única función, ni la única a la que, según Putnam, le son aplicables preguntas como: “Este modo de realizar esta función ¿es razonable o no lo es? ¿Es racional o irracional? ¿Está justificado o no?”¹⁴. Interrogantes como éstas serán importantes al respecto de la idea del progreso de la teoría del derecho y del éxito de las elucubraciones teóricas.

La distinción de Putnam entre los valores es más cercana a una tendencia pragmática de rechazar la existencia de verdades absolutas; de expresar que las ideas son provisionales y están sujetas al cambio, a la luz de la investigación futura. Algo que

¹¹ *Ibid.*, p. 46.

¹² *Ibid.*, p. 48.

¹³ J. L. MACKIE, *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Penguin, Londres, 1977.

¹⁴ H. PUTNAM, *El desplome de... cit.*, p. 49.

vino a atenuar a la arremetida científica de la tradición analítica que en sus inicios se proyectaba con Frege y Russell como paladines de la cuantificación y el conocimiento objetivo y afianzado. Una concepción de derecho que es posible encontrar como antecedente es la de Kelsen, pero que ontológicamente la pregunta toma una dirección distinta a la acostumbrada por los analíticos con Hart. La entrada de Putnam a la discusión filosófica dura, auxilió al análisis conceptual y para nuestros propósitos se convierte en una útil herramienta que puede ayudar a la elucubración de qué es que una teoría sea exitosa o bien, cómo se sabe que un campo de estudio progresa.

Sobre ese punto en particular, en 1961, Hart se planteó la inquietud inicial de toda teoría del derecho: “¿qué es el derecho?”, con una finalidad implícita de ir hacia una tesis “general”. Claro que la empresa de este autor se situó en el esclarecimiento del *uso* del concepto, no en una definición. Aquella es la que otros intentos por conceptualizar al derecho, anteriores a Hart realizaron, tal es el caso de Austin y Kelsen sin una provocación de un margen discursivo notable. La primera piedra es de cargo del ensayo en sociología descriptiva y de teoría (jurídica) analítica¹⁵. Lo que tiene un doble origen, por un lado, en la idea de la metafísica descriptiva, aquella que describe la estructura de nuestro pensamiento acerca del mundo, que permite esclarecer los conceptos con los que hacemos referencia a los objetos, una cuestión ya no meramente ontológica de decir lo que es (ello es tarea de los revisionistas). Volviendo un momento a Strawson, los conceptos cambian en toda óptica, desde el especialista hasta el pensar ordinario¹⁶. Siguiendo lo anterior, lo descriptivo es lo que ostenta aclaraciones en sus funciones intrínsecas y busca impetrar el buen entendimiento de las cosas sin valoraciones, puesto que escapa de la idea axiomática de cuantificar a los objetos del mundo. Según Bix, una teoría es descriptiva si se propone describir cuál es el caso, antes que hacer juicios sobre el valor (moral o de otra índole) de la situación¹⁷. La idea de lo descriptivo no caracteriza al derecho, puede que sí al hecho de hacer una teoría, de la propiedad misma del ejercicio intelectual de teorizar en torno a un aspecto puntual del caso. El hecho de que sea “sociología”, biográficamente ha sido difícil precisar ese ligamen dentro de la obra de Hart, sin embargo, es posible sindicarlo a la fijación por las conductas que tenía este jurista. Sobre estas, se estructura el derecho en tanto son prácticas sociales y por tanto, lingüísticas cotidianas.

Entonces, para Hart, la teoría del derecho debe ocuparse de describir qué es el derecho y con ello, se puede reconocer el matiz entre: concepto, naturaleza, práctica e incluso, ciencia. Expresa al mismo tiempo que “el deseo de uniformidad es muy fuerte en la teoría jurídica y puesto que no es en modo alguno algo desdorado debemos considerar (...) argumentos alternativos en favor de ella”¹⁸. Dos interesantes cuestiones: por un lado, “la objetividad” y por otro, la diversidad en la reflexión del derecho. Argumentos que se presentan entre métodos y propósitos de la filosofía del derecho. Es importante circunscribir lo anterior, a la teoría analítica del derecho, como los demás

¹⁵ H. L. A. HART, *El Concepto de Derecho*, trad. de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. xi.

¹⁶ P. F. STRAWSON, *Individuals: An Essay in Descriptive Metaphysics*, Routledge, Londres, 1959, p. 10.

¹⁷ B. BIX, *Teoría del Derecho: ambición y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 18.

¹⁸ H. L. A. HART, *El Concepto de... cit.*, p. 41.

planteamientos que suceden a Hart se sitúan en esta línea. Asimismo, esta no es primariamente una investigación lingüística (para los que utilizan el argumento de hacer lexicografía), sino que es también, un intento para dejar al descubierto los principios básicos que estructuran una parte altamente significativa de nuestro mundo¹⁹.

Es la descripción del mundo, del derecho la que queda relegada a la teoría del derecho. ¿Si lo hace es exitosa? ¿La premisa 4 estaría en lo correcto y no habría que preguntarse más? ¿Por qué hablar del éxito de una teoría, acaso el modelo es: “una teoría es mejor que otra”? Hart reconoce la idea de la diversidad en torno al pensar sobre lo jurídico, pero también asume que hay posturas objetivas (e incluso, reduccionistas). Los filósofos del derecho están comprometidos en una amplia investigación acerca de la *identidad del derecho y sus implicaciones*²⁰. Sin embargo, es Hart quien reconoce la superioridad de teorías sobre las otras, pero solo limitado a las posturas reduccionistas, que igualmente podrían coexistir en tanto, en el caso de conceptos como 'derechos', 'capacidad', 'error', o 'sociedades', los filósofos se han apresurado en indagar su naturaleza, suponiendo que por medio de definiciones se podrían superar los problemas relacionados con dichos esfuerzos²¹. Lo que se tiene que elucidar son las condiciones que gobiernan el uso de palabras en determinados contextos sociales, en lugar de indagar las esencias misteriosas con las que se pretende justificar la construcción de teorías apoyadas en definiciones²².

En la tipología de Putnam sobre valores éticos y epistémicos, la disputa en teoría del derecho se encuentra en ambos. Especialmente si se habla de la relación entre derecho y moral o de aspectos relativos a la adjudicación. Sin embargo, esta investigación solo apuntará estrictamente a la idea del concepto de derecho y del campo epistémico.

Con *The Concept of Law*, Hart pensó que la tarea principal de la filosofía del derecho consiste en un análisis del concepto de derecho y de ciertos conceptos a él relacionados que son necesarios para comprender el derecho y los sistemas jurídicos²³. A partir de preguntas metodológicas y la instauración de un positivismo de esa índole²⁴.

Los desacuerdos en la *analytical jurisprudence* según el punto de vista que se vean, son bastante heterogéneos. Para llegar a un punto exacto, precisamente a la cuestión del valor epistémico del concepto del derecho es necesario capturar la esencia del debate filosófico en cuestión. Sin embargo, ello puede ser un negocio difícil por tres razones. Primero, como en cualquier debate, los participantes no pueden ponerse de

¹⁹ S. J. SHAPIRO, *Legality*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2011, p. 23.

²⁰ *Ibid.*, p. 24.

²¹ J. A. TAMAYO VALENZUELA, “La teoría del derecho de H. L. A. Hart”, *Revista de la Facultad de Derecho (UNAM)*, 237, 2001, p. 220.

²² Aquí también podríamos encontrar lo que llamé al comienzo de este trabajo, análisis científicista. H. L. A. HART, “Definición y teoría de la ciencia jurídica”, en *id.*, *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, trad. de Genaro Carrió, DePalma, Buenos Aires, 1962, pp. 93-138.

²³ A. MARMOR, *Interpretación y teoría... cit.*, p. 12.

²⁴ En este punto se ve un uso indistinto de teoría del derecho y filosofía del derecho. La referencia sobre el positivismo queda en: J. DORADO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico. Una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*, Dykinson, Madrid, 2004.

acuerdo sobre lo que están discutiendo. Un lado puede creer firmemente que la cuestión es si X es verdadera, mientras que el otro supone que es si Y es cierta. Segundo, la caracterización es difícil, ya que, a diferencia de debates formales, no son por lo general alrededor de un solo tema. En filosofía, en última instancia, todo está conectado con todo lo demás y por tanto, las controversias relacionadas tienden a variar mucho. Tercero, los debates filosóficos son difíciles de representar, ya que suelen ser blancos móviles. Los filósofos son extraordinariamente ágiles defensores y tienden a cambiar sus posiciones para dar cabida a las objeciones de sus adversarios²⁵.

Cualquier descripción debe tener un intento de captar esta fluidez a través del manejo del debate como una entidad en evolución que con el tiempo se adapta a las presiones racionales procedentes de dentro y fuera.

La cuestión sobre el valor epistémico del concepto de derecho explota como punto controvertido con la obra de Hart, sin perjuicio de que surge en textos anteriores como la *Reine Rechtslehre* de Kelsen en 1934. Luego avanzó en la historia de la filosofía del derecho con el debate Hart-Dworkin, donde el norteamericano lanzó una serie de críticas en *Taking Rights Seriously* (1977), lo que se continuó hasta la respuesta de Hart en la (póstuma) segunda edición a *The Concept of Law* (1994) que contaba con un *Postscript* donde él contestó a sus críticos, principalmente, Dworkin.

La utilidad de esa contienda fue delimitar las tesis centrales del positivismo jurídico²⁶. Y sobre el tema que nos convoca solo se han mostrado como puntos explícitos: los argumentos de los primeros capítulos de *Law's Empire*, lo que muestra la controversia entre Raz, Alexy y Bulygin y otras escaramuzas como Bix-Dworkin, Perry-Shapiro y Leiter-Dworkin. Para dar sentido a la estructura del desacuerdo teórico, es necesario:

- a) Reconocer es la diversidad de posturas.
- b) Un marco que las delimite y las haga participes del universo de la teoría del derecho.
- c) No hablar acerca de la superioridad de la teoría x contra la teoría y.
- d) Definir cómo es exitosa una teoría del derecho y que significa que el conjunto progrese.
- e) Ver puntos eclécticos sobre el desacuerdo en general

Respecto del último punto, es algo que intentará la siguiente sección.

Si pensamos en el método que *The Concept of Law* plantea, toda teoría que sirva a nuestras investigaciones teóricas hace progresar y clarificar nuestras deliberaciones en torno a una elucubración relativa al tópico que trabajamos y que tiene relación con el estado del arte. La tesis de Hart parece obvia, sin embargo, requiere del reconocimiento de una diversidad valorativa de las posturas, lo que evidentemente mostrará que hay un desacuerdo, pues su presupuesto es que hay opiniones contrapuestas. Ahora bien, no todas las posturas pueden estar en ese marco, ¿qué quiere decir que haga progresar y clarificar nuestras deliberaciones? ¿Es acaso que le pueda dar un valor epistémico como

²⁵ S. J. SHAPIRO, "The 'Hart-Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed", en A. RIPSTEIN (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 22-55.

²⁶ R. ESCUDERO, *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas, Madrid, 2004.

teoría? – Ello es el encuentro respetuoso al que concurren para ser parte del bagaje que pueda considerar como válido para mis elucubraciones. El valor epistémico se le da a la teoría por el hecho de ser lo suficientemente fuerte para mantenerse en el marco, que presupone su respeto por las demás y no su pretensión de superioridad. La fortaleza se la entrega la coherencia del planteamiento, lo que dependerá de criterios pragmáticos y que efectivamente, en el caso de una teoría del derecho que se aboque al concepto, pueda hablar con propiedad de ello y en ese caso, ver la cuestión del valor epistémico en el concepto en sí.

Las teorías analíticas del derecho se agrupan en dos grandes grupos: por un lado, el que contiene a las ligadas con el análisis conceptual (Hart, Dworkin, Finnis). Por otro, las que están implicadas con el análisis científicista (Raz, Leiter, Coleman). El énfasis estará en las primeras y como el mismo desacuerdo que existe en la *analytical jurisprudence* le permite una suerte de camaleonismo a éstas para compartir caracteres de las segundas y otorgar concesiones, logrando un eclecticismo.

Sobre lo anterior, distingamos entre *el*, *un* y *nuestro* concepto de derecho. Ambos grupos de teorías lo hacen, inconsciente o bien, conscientemente. Son críticas de un lado a otro, con bastante recurrencia. Ninguna puede cubrirlo todo, ni siquiera las científicistas que ostentan querer proyectarlo con su ímpetu de exactitud y medida de los fenómenos del mundo, siendo parte de estos la creación de conceptos y la puesta a prueba de su función descriptiva (epistémica, de cómo es el mundo). La distinción tiene sentido en el momento en que nos preocupamos de si una elucubración teórica es exitosa o no, pues ostenta dar cuenta de una de estas clases de concepto. Lo que Hart pretendió con su empresa, dar cuenta de *el* concepto de derecho, de la elucidación del mismo. Una teoría general y descriptiva (moralmente neutral). Los críticos de Hart expresarán que la preocupación es por *nuestro* concepto de derecho, una cuestión local, que *nosotros* entendemos el derecho (ese pronombre apunta a los anglosajones) y que las culturas que comparten el rasgo de la *nuestra* (ídem) pueden comprenderlo²⁷. Raz criticaría este punto expresando que da cuenta de *un* concepto de derecho, pero que no tiene claridad, pues es posible confundirse con que habla de *el*. El fondo del asunto de la elucidación del concepto de derecho, sea cual sea, si es *un*, si es *el* o si es *nuestro* dice relación con dar cuenta de una cuestión contingente que dependa de instituciones y hechos que no puede ser universal²⁸, sino la tesis de Hart sería científicista y no conceptual. El acierto del británico radica en que si bien la descripción de los elementos del derecho que se repiten en las sociedades, el problema cabe en la explicación de por qué ocurre eso, en distintos lugares y a lo largo del tiempo²⁹. Si puede hacerse cargo de una clase de concepto es que puede considerarse satisfactoria en lo que refiere a su descriptividad, he ahí el punto de Dickson a propósito de que si una teoría señala que hay propiedades de un concepto, debe explicarlas³⁰. Sin perjuicio de que existan teorías

²⁷ J. B. ETCHEBERRY, *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Comares, Granada, 2009, p. 16; M. MOORE, "Hart's Concluding Scientific Postscript", *Legal Theory* 4, 1998, pp. 301-27.

²⁸ L. GREEN, "General Jurisprudence: A 25th Anniversary Essay", *Oxford Journal of Legal Studies* 25 (4), 2005, p. 565.

²⁹ B. BIX, *Law, Language, and Legal Determinacy*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 191.

³⁰ J. DICKSON, *Evaluación en la teoría del derecho*, trad. de Juan Vega, UNAM, México DF, 2006, p. 23.

descriptivas y otras, simplemente descriptivas. Etcheberry plantea que es un error de la teoría del derecho reducir la explicación de la esencia o naturaleza del derecho a la explicación de un concepto concreto y que ello solo limita la capacidad explicativa de la teoría en cuestión, quizás eso le resta valor epistémico, pues hace que fracase la empresa³¹. Razón tiene en parte, pues solo si se plantea que la teoría es general, luego esta pretensión de generalidad desde lo particular es lo que causa ruido en el ovillo erudito. Es esto último lo que hace progresar a la teoría del derecho, la existencia de debate y así también, otorga con propiedad un valor epistémico a un concepto³².

Sobre el concepto de derecho y su valor epistémico hay un apoyo por parte del alegato por lo que he llamado el entendimiento puro y formal del concepto de naturaleza del derecho, el que reviste de cualidades *ahistóricas* y *aculturales*, de tal manera, que pueda comprenderse en su existencia y razón de ser en tiempos y culturas determinadas³³. Luego, de forma legítima se puede hablar y hacer referencia a los conceptos de derecho (y sistemas jurídicos o que puedan ser tales), en forma del uso y no del significado. En el seno de la teoría analítica jurídica con acento en el positivismo no parece ser posible abarcar la universalidad del fenómeno de estudio. Lo que vence a esta postura que si lo cree posible, es que haya conceptos que nunca se puedan alcanzar sobre la naturaleza de la realidad y que son distintos de los que tenemos³⁴.

Hart reconoce que la palabra ‘Derecho’ tiene más de un significado y, por ello, sostiene que la disputa entre teorías jurídicas alternativas sobre el concepto de derecho y su elección debe ser razonada (moralmente neutral, veremos que esa valoración es compleja en la sección siguiente, la división entre el ser y el deber ser del derecho, abstraído a la teoría y a su concepto³⁵). En concreto, la elección, según Hart y Etcheberry, debiera basarse en la superioridad de una concepción, algo limitado a lo que se explicó de la diversidad valorativa y el margen de respeto. La única elección sobre un concepto de derecho está definida por el valor epistémico del mismo, el que está dado por su capacidad explicativa de la realidad en cuestión, luego limitada por su objeto, o sea, si es *un, el o nuestro* concepto del derecho. Aquella es la ventaja del análisis conceptual por sobre el cientificista y un punto de desacuerdo.

La *analytical jurisprudence* aún debe lidiar con la dificultad de las cuestiones avalorativas y apriorísticas. Su salida a esto, como veremos en la sección siguiente, es la necesidad constante de aclarar el sentido con que se utilizan las expresiones *esencia*,

³¹ J. B. ETCHEBERRY, *Objetividad y determinación... cit.*, p. 18.

³² F. SCHAUER, “The Social Construction of the Concept of Law: A Reply to Julie Dickson”, *Oxford Journal of Legal Studies* 25 (4), 2005, p. 498.

³³ N. LÓPEZ PÉREZ, “La teoría del derecho de Joseph Raz: ¿un esencialismo cientificista insuficiente?”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 16, 2013: 175-95; G. B. RATTI, *El gobierno de las normas*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

³⁴ J. RAZ, *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 142-3.

³⁵ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. I. Teoría del derecho*, Varios traductores, Trotta, Madrid, 2011; y una referencia más clásica al respecto en: N. BOBBIO, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1993.

naturaleza, general, descriptiva, con el fin de evitar el giro naturalista³⁶ y poder seguir transitando³⁷. Si no, el problema son las maneras en que hablemos o queramos hablar o mucho más allá, en que practiquemos todos³⁸ si no, podemos caer en los llamados *truismos about law* (perogrulladas sobre el derecho³⁹).

La misión entonces es elucidar el concepto, o sea, elucidar aquello que los usuarios asocian al empleo del concepto y lo utilizan⁴⁰, con este fin pensemos en las siguientes premisas a trabajar en la siguiente sección:

5. El concepto de derecho es *objetivo*, está definido por ciertos cánones inamovibles y por tanto, es general.
6. El concepto de derecho es *indeterminado*, en virtud de los múltiples *usos* que se le puede dar, por tanto, al mismo tiempo es *vago* y *ambiguo*.
7. El concepto de derecho es *interpretativo*, en virtud de que depende de un acuerdo al que puedan llegar los operadores jurídicos.

III. ¿OBJETIVO O INDETERMINADO?: EL ECLECTISMO TRAS EL ANÁLISIS CIENTIFICISTA Y EL CONCEPTUAL.

¿“El derecho es un concepto interpretativo”?⁴¹

Esta pregunta que pone en entredicho si el concepto de derecho es objetivo o es indeterminado. Blanco o negro. Preciso o ambiguo. Completo o incompleto. Es la cuestión de optar por la premisa 5 o la 6. Es la premisa 5 la que encarna una tendencia más cercana al análisis científicista y será la número 6 la que atañe al análisis conceptual. Ahora bien, si se puede interpretar o no, la premisa 7 debe ser una de dos alternativas o es que la tensión de esta afirmación dworkiniana nos puede permitir alcanzar una nueva afirmación. La confrontación de estas posturas es inevitable y es que se encuentran en veredas distintas. Este trabajo ha presentado la idea de objetividad y la de indeterminación como herramientas metodológicas. Acerca del concepto de derecho es que,

³⁶ B. LEITER, “Más allá del debate Hart-Dworkin: El problema de la metodología en la teoría del derecho”, en *id.*, *Naturalismo y teoría del derecho*, trad. de Giovanni Battista Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 209-44.

³⁷ S. PERRY, “Hart’s Methodological Positivism”, en J. COLEMAN (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 311-54; V. RODRÍGUEZ-BLANCO, “A Defense of Hart’s Semantics as Non-Ambitious Conceptual Analysis”, *Legal Theory* 9, 2003: 99-124.

³⁸ J. COLEMAN, *The Practice of... cit.*, p. 156.

³⁹ S. J. SHAPIRO, *Legality, cit.*, p. 16.

⁴⁰ H. BOUVIER *et al.*, “Estudio preliminar. Teoría del derecho y análisis conceptual”, en J. RAZ *et al.*, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 34.

⁴¹ R. DWORKIN, *Law’s Empire*, Hart Publishing, Oxford, 1998, p. 410.

“(p)ocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aun paradójicas, como la pregunta ‘¿qué es derecho?’. Aunque limitemos nuestra atención a la teoría jurídica de los últimos ciento cincuenta años, y dejemos a un lado la especulación clásica y medieval acerca de la ‘naturaleza’ del derecho, nos daremos con una situación que no encuentra paralelo en ningún otro tema estudiado en forma sistemática como disciplina académica autónoma. No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas ‘¿qué es química?’ o ‘¿qué es medicina?’, como la hay para responder a la pregunta ‘¿qué es derecho?’. Unas pocas líneas en la primera página de un manual elemental es todo cuanto debe considerar el estudiante de aquellas ciencias; y las respuestas que se le dan, son de un tipo muy diferente al de las que recibe el estudiante de derecho. Nadie ha pensado que es esclarecedor o importante insistir en que la medicina es ‘lo que los médicos hacen respecto de las enfermedades’, o ‘una predicción de lo que los médicos harán’, o declarar que lo que comúnmente es reconocido como una parte característica, central, de la química, por ejemplo, el estudio de los ácidos, no es en realidad parte de ella. Sin embargo, en el caso del derecho, se han dicho con frecuencia cosas que a primera vista parecen tan extrañas como esas, y no solo se las ha dicho sino que se ha insistido en ellas con elocuencia y pasión, como si fueran revelaciones de verdades sobre el derecho, oscurecidas desde tiempo atrás por representaciones groseramente falsas de su naturaleza esencial”⁴².

La dificultad para determinar el concepto de derecho radica, entonces, en dos razones: en primer lugar, el derecho es multidimensional, en el sentido de que este puede ser estudiado desde distintos puntos de vista y al mismo tiempo, obtener muchas conclusiones que no se parecen en nada. Un completo entendimiento del derecho requiere la consideración de tres dimensiones: el derecho como reglas (*law as rules*), el derecho como hechos⁴³ (*law as facts*) y el derecho como valores (*law as values*). En segundo lugar, tener en cuenta la diversidad de escuelas de pensamiento y maneras en que se ha hablado y se habla sobre el derecho. Respecto de esa tridimensionalidad es que los conceptos de derecho deben partir, y me refiero con “los” a aquellos *el, un y nuestro*.

Sobre la objetividad y la indeterminación del concepto de derecho, es cómo la pregunta del huevo y la gallina; ambas marcan la pauta para el éxito de una teoría y para determinar “el progreso” de la teoría. Nuevamente se ve este juego entre artículos.

Acerca de la objetividad, Marmor hace cuatro preguntas acerca de la “identificación” del derecho⁴⁴:

- ¿Qué es el derecho? (la inicial de toda teoría)
- ¿Cuál es el mérito del derecho?
- ¿Cuál es la función del derecho?

⁴² H. L. A. HART, *El Concepto de... cit.*, pp. 1-2.

⁴³ Interesante discusión la que se da en G. PAVLAKOS, *Our Knowledge of the Law. Objectivity and Practice in Legal Theory*, Hart Publishing, Oxford, 2007.

⁴⁴ A. MARMOR, *Positive Law and Objective Values*, Clarendon Press, Oxford, 2001, p. 135.

- ¿Es la teoría del derecho algo que podría ser apropiada de llamar “objetiva”? Sobre ello, imputemos a la pregunta sobre el mérito al concepto de derecho.

¿Mérito en el concepto de derecho? Ya se ha dicho, el mérito es explicar satisfactoriamente qué resulta ser el derecho, pero es algo que debe limitarse a la clase de concepto que sea en la distinción ya dada. Entonces, ello sería “la verdad”, una cuestión suficientemente buena para una situación epistémica⁴⁵. ¿Qué clase de mérito, entonces? Y es donde el mérito puede ser objetivo, pero también estar asociado a una cuestión indeterminada, que no quiere decir necesariamente que sea subjetiva. Objetivo no es –en todos los casos– sinónimo de determinado⁴⁶. Si uno concede que hay respuestas objetivas a las preguntas sobre “identificación” del derecho que pueden o no, venir de un análisis cientificista, ¿no habría ciertas sospechas? La tesis convencionalista⁴⁷ que quiebra en cierta medida esta dicotomía entre objetividad e indeterminación y ofrece un eclecticismo, es la salida a la pregunta sobre el valor epistémico.

Si la teoría del derecho (y luego, algún concepto de derecho) fuere(n) objetiva(s) podrían solamente proporcionarnos el conocimiento acerca del derecho *en general* y no acerca de un lugar en particular, ello sería imposible⁴⁸, lo que considera que en todas partes se puede encontrar derecho y de la misma manera. Cuestiones como la existencia de un sistema de *common law* y uno de *civil law*, por separado, dejan bastante que desear en ese análisis. Esa objetividad es basada en convenciones, que igual podrían denotar cierto grado de indeterminación ante una vulneración de la misma, que en cualquier caso debería ser validada. Al respecto, Hage plantea para explicar esto, utiliza dos ejemplos: el de las ballenas y el de Plutón. Sobre el primero, radica una duda: ¿son peces las ballenas? La reflexión va encaminada a lo siguiente: la novena edición de una enciclopedia de clasificación del reino animal (*Systema Natura*) dijo que las ballenas eran peces, luego su predecesora publicada dos años después, dijo que eran mamíferos y sobre ello se ha construido la convención de que son mamíferos. Acerca de la segunda, los astrónomos comenzaron a discutir luego del descubrimiento de un nuevo planeta, Eris, en 2003, que resultó entrar en una clasificación llamada de los “planetas enanos” o planetoides. Luego, Plutón, el noveno planeta del sistema solar (desde que se conoce) fue degradado a esa categoría. En ambos casos había una incerteza inicial acerca de la clasificación de los objetos y ella fue reducida no por la reunión de más información sobre estos objetos, sino que por el cambio o de-formación de la convención que definió los límites de una categoría⁴⁹. Su certeza se debió a una convención, luego puede surgir si ella es arbitraria o no. Un tema de práctica, algo que no nos interesa en esta ocasión, pero que Chang ha discutido a propósito de si el agua es/siempre ha sido H₂O⁵⁰. ¿Qué

⁴⁵ H. PUTNAM, “Sense, nonsense, and the senses: An inquiry into the powers of the human mind”, *Journal of Philosophy* 91(9), 1994, p. 462.

⁴⁶ N. STAVROPOULOS, “Objectivity”, en: M. P. GOLDING y W. A. EDMUNDSON, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 2008, p. 318.

⁴⁷ J. COLEMAN, *The Practice of... cit.*, pp. 74-102.

⁴⁸ J. HAGE, “Can Legal Theory Be Objective?”, en J. HUSA y M. VAN HOECKE, *Objectivity in Law and Legal Reasoning*, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 24.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 26.

⁵⁰ Cfr. H. CHANG, *Is Water H₂O?: Evidence, Realism and Pluralism*, Springer, Dordrecht, 2012.

es la convención, sino un objeto de eclecticismo? La objetividad viene así, desde una perspectiva. Puede referirse a como la realidad es descrita. No obstante lo anterior, es muy lúcida la concepción que Hage hace a propósito de una “subjetividad” y tres tipos de objetividad, una mínima (la existencia del hecho depende de las opiniones del grupo de espectadores), otra moderada (la existencia de un hecho depende de las opiniones de quienes bajo ciertas circunstancias están en el grupo de espectadores) y la última, fuerte (cuando un hecho existe no depende de nadie). Sobre lo subjetivo, ello refiere a que la existencia de un hecho depende del punto de vista de quien lo ve⁵¹. La objetividad “nos” importa, porque “hace una diferencia a los fines, los métodos o el progreso de nuestras formas de investigar”⁵². Ella nos asegura la presunción de lo que está bien fundado, y de que no perderemos nuestro tiempo investigando sobre ello.

Sin perjuicio de ello, la búsqueda del eclecticismo en este punto es que el conocimiento que interesa a distintos aspectos de la vida, puede ser descrito y lo que se haga, es verdadero en pos de convenciones. He ahí el punto sobre el valor epistémico; la complementariedad, no el conflicto. Aquí cobra sentido la premisa 3, donde la explicación teórica del derecho tiene sentido. Sin embargo, el cabo suelto de la premisa 7 es preciso resolver, al respecto, ¿la interpretación es parte de una convención? Si se acepta la cita de Dworkin, se asume lo que Michael Moore llamó “el giro interpretativo en la teoría moderna”⁵³. Si se piensa en la interpretación como parte de una convención, llegamos a dos caminos distintos, pero que llevan donde mismo: el primero, a la idea de reglas convencionales aceptadas por el conjunto que dirigen la interpretación hacia una cuestión objetiva, en el sentido moderado (incluso puede ser en el mínimo); el segundo, en la misma línea, pero es del acuerdo como sociedad o de unos pocos que, con una pretensión epistémica cierra el círculo estableciendo una “interpretación autorizada”. La teoría del derecho es parcialmente interpretativa, así entonces, parcialmente objetiva. No entendamos que fue Dworkin el que estableció este parámetro, pues pese a haberlo atisbado, él mismo no comprendió el fondo del asunto. Tampoco Moore que siguió argumentando de la misma vereda⁵⁴. Interpretación quizás puede ser homologable a “convencional”, no obstante, este último término es más amplio y podría llevar a ulteriores análisis dinámicos.

Volvamos al eclecticismo entre objetividad e indeterminación. Sobre lo primero, observamos tenuemente que hay ciertas convenciones que pueden marcar el valor epistémico de un concepto de derecho. No así respecto de la indeterminación ante la inconmesurabilidad conceptual del todo, la imposibilidad de ponernos de acuerdo y la introducción de discusiones posteriores a esta, como la del contenido del derecho en sí. Cual sea el concepto de derecho dependerá del debe ser del mismo, la cuestión pasa a un plano holístico, incluso pragmático en la teoría.

⁵¹ J. HAGE, *Can Legal Theory... cit.*, p. 42.

⁵² P. SEABRIGHT, “Objectivity, disagreement and projectibility”, *Inquiry* 31, 1988, p. 44; G. POSTEMA, “Objectivity fit for Law”, en B. LEITER (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 113.

⁵³ M. MOORE, *Educating Oneself in Public: Critical Essays in Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 335-423.

⁵⁴ *Ibíd.*, pp. 54-8.

Claro que lo holístico debe siempre tener presente la distinción que ya hemos trazado entre “los” conceptos de derecho o mejor dicho, las clases de ellos. Recordemos que el derecho es una práctica convencionalmente establecida, pero a la vez indeterminada⁵⁵. Es esa indeterminación la que hace entrar a la interpretación y nos llama a llegar a algún acuerdo. Esa convención es un aspecto metateórico de la misma teoría del derecho, por lo mismo la objetividad del derecho puede ser el resultado de un par de negociaciones⁵⁶. Parte de algo que se podría llamar la prosa académica, luego es la misma convención la que en parte determina, el progreso de la teoría del derecho y el éxito de una elucubración teórica. El resto es parte de la explicación que otorgue la tesis en cuestión sobre la clase de concepto del derecho que ofrecerá. Su naturaleza será compartida, entre la objetividad y la indeterminación. Los cientificistas deberán aceptar –culposamente– que existe un margen de variabilidad e incluso, de ambigüedad que demandan los conceptualistas. Viceversa ocurre la misma situación, donde la gran parte de los que pregonan el análisis conceptual, los problemas del lenguaje y la arremetida contra el mesianismo epistémico de la ciencia, conservan y se mantienen férreos ante el pacto ignorado con la ciencia, esto es, el reconocimiento de ciertas cuestiones objetivas y determinadas que no podrían no ser así. Si se niega este pacto se desecha la evolución del pensamiento contemporáneo desde el giro que tuvo con la modernidad, la secularización y la fundamentación racional de las instituciones y la vida en general. Así también, planteamientos como el de los positivistas jurídicos estarían traicionando a su raigambre, este llamado de certezas (e incluso en Hart con la regla de reconocimiento que clama por convenciones) es una razón de ser de ser positivista⁵⁷. La objetividad, en definitiva, parece no ser un hecho para ser establecido o demostrado, sino que es un ideal al que se puede aspirar. El fracaso de varias teorías (que no necesariamente debe ser así) no es razón para obviar el valor epistémico de un concepto de derecho, es un llamado a reformular las bases de una teoría del derecho⁵⁸.

Entonces el modo en que los aspectos convencionales y los valorativos en torno al derecho se pueden relacionar, incluso con su objetividad, es lo que permite una explicación holística de la importancia de describir al derecho, de crear un concepto o bien, de que se pueda hablar acerca de él. Más allá, acerca de su evolución y de la mutación que pueda experimentar su comprensión, lo que no pone en tela de juicio elementos de la objetividad. Por lo que el reconocimiento de una diversidad valorativa y la posibilidad de evitar mesianismos que intenten abarcar al derecho como un fenómeno universal es el horizonte.

Finalmente, para dar cierre al argumento:

(8) El derecho es contingente, así como también el concepto en cuestión (depende de la categoría), lo que no excluya que puede ser necesario algo relativo a él.

⁵⁵ MARMOR: *ob. cit.* (nota 44), p. 146.

⁵⁶ MARMOR: *ob. cit.* (nota 1); Coleman: *ob. cit.* (nota 5), p. 99.

⁵⁷ HIERRO, Liborio: “¿Por qué ser positivista?”, 2002: 263-302; BIX, Brian: “Legal Positivism”, en GOLDING, M. P. y EDMUNDSON, W. A., *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, 2008, pp. 29-49.

⁵⁸ POSTEMA: *ob. cit.* (nota 51), p. 128.

Sobre esto, una cosa necesaria puede ser “todas las sociedades requieren de derecho”. O en palabras de Juan Carlos Bayón, el derecho dependerá entonces, “de una convención social”⁵⁹. Un concepto convencional del derecho, se basa en términos de una objetividad como ideal epistémico y en una indeterminación de significado, pero que es resuelta a partir de lo que se diga en un determinado lugar como derecho y se use como tal. El tributo que la objetividad le paga a la indeterminación es la concesión de que no todo es abarcable por un método amplio. Y viceversa, es la indeterminación la que concede que hay ciertas zonas de certeza. Se conjugan en una convención, que los operadores jurídicos en general, determinan.

Luego el valor epistémico del concepto se basa en la concreta descripción que tenga de la realidad jurídica en cuestión, donde el punto de Hart sobre un punto de vista interno y uno externo, tengan tanto sentido. Con lo que exista certeza de lo que es el derecho en cada sociedad, a modo de teoría del mismo, algo así como una generalidad, pero una no universal y absoluta.

Sobre el valor epistémico que la teoría del derecho pueda tener, son los conceptos mismos los que tratamos de entender, y cómo éstos pueden explicar al mundo, no como Raz se equivocaba al plantear que no son “herramientas de explicación”⁶⁰.

IV. REFLEXIONES FINALES

“El derecho es un producto que no puede ser desarrollado al margen del comportamiento y esfuerzo humano (...) el derecho no es un producto de la naturaleza (...) Su existencia depende de lo que la gente considera y quiere que sea. De ahí que no pueda identificarse, estudiarse ni entenderse sin tratarlo como el producto social que resulta ser”⁶¹. Sobre lo anterior, es que radica la importancia de poder hablar del derecho, o sea, su descripción que puede tener múltiples fines, desde la enseñanza del mismo hasta su mejor comprensión de cara al diseño institucional de una sociedad.

Este trabajo se enfocó en explicar que las discusiones en torno a una rama de la filosofía aplicada como es, la del derecho, no están exentas de las contiendas que se acometan en las ramas de la filosofía pura (lógica, epistemología, ética/estética y metafísica), por lo mismo, el análisis del debate Quine-Putnam en torno a los dogmas del empirismo, la distinción analítico-sintético y esta dicotomía hecho-valor, enriquecen las posturas de los teóricos del derecho. Por ello es que esta separación entre valores éticos y valores epistémicos que Putnam realizó fue fructífera para poner en tela de

⁵⁹ J. C. BAYÓN, “El contenido mínimo del positivismo jurídico”, en V. ZAPATERO, (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luís García San Miguel*, vol. 2, Universidad de Alcalá, Madrid, 2002, p. 37.

⁶⁰ J. RAZ, “Teoría y conceptos. Réplica a Alexy y Bulygin”, en *id. et al*, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Varios traductores, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 120.

⁶¹ A. MARMOR, “Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 26(4), 2006, pp. 701-4; R. ESCUDERO, “De la constitucionalización a la indeterminación. Retos y desafíos del positivismo jurídico”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, p. 404.

juicio la cuestión del valor epistémico en el concepto de derecho, que se vio suplida por el inicio de la discusión metodológica con *The Concept of Law* y la partida de todas las teorías del derecho con la pregunta inicial: “¿qué es el derecho?”. Luego con los subsecuentes debates a los que se vería sujeto Hart, principalmente con Dworkin, el que según estimo, no comprendió a cabalidad lo que quiso decir con lo interpretativo, algo que queda en un limbo filosófico. Aquello a causa del análisis científicista y la pretensión de una objetividad fuerte al interior de la disputa conceptual, así también con la adjudicación arbitraria de un valor epistémico a las diversas elucubraciones teóricas que emergen de esa concepción al interior de la tradición analítica. Una cuestión que niega la diversidad valorativa, la existencia de múltiples conceptos y la distinción entre *el, un y nuestro* concepto del derecho.

La función de la teoría del derecho debe ser el dar cuenta de la realidad jurídica, o sea, suministrar herramientas y conceptos para comprender mejor el funcionamiento del derecho⁶².

La búsqueda de una salida ecléctica se hacía necesaria, entonces la mixtura de objetividad con la indeterminación, previo paso por el reconocimiento de una convención al interior de la teoría del derecho pueden dar cuenta de lo que es realmente el valor epistémico de un concepto de derecho. Lo que está en armonía con esta idea hartiana de la utilidad para la teoría del derecho de planteamientos que puedan dar explicación o bien, describir, la realidad de una manera satisfactoria. La idea es saber de qué se está hablando.

Cuando se habla de *el concepto*, ¿es una cuestión con pretensiones de universalidad? Me inclinaría por decir que no es más que una descripción de lo que el derecho significa para una sociedad y lo que podría entregar un entendimiento puro y formal del concepto de naturaleza del derecho, de cara a decir lo que *en general* es el derecho. Cuando se habla de *un* concepto de derecho, es una cuestión mucho más local, en la que podría haber un acuerdo de manera concertada, una objetividad moderada, por ejemplo, describir el derecho en España. Dice relación con una objetividad más cercana, pero a la vez que denota indeterminación. Sin embargo, este punto debe colocar acento en el contexto en que se está describiendo, ya que también podría describir el derecho babilónico, así como el romano. Cuando se habla de *nuestro* concepto es el que comparte una determinada colectividad, que no necesariamente es en la que estoy arraigado, puede ser una cuestión más próxima al concepto de nación o el que comparto con individuos que considero de mí mismo grupo⁶³, puede ser similar a *un* concepto, pero no es lo mismo, pues la inferencia temporal que se utiliza es distinta, con *un* concepto puedo referirme al de cualquier tiempo. El concepto de derecho también puede tener matices y su discusión prestarse para muchos equívocos, la teoría del derecho entonces, es parcialmente objetiva y parcialmente indeterminada, así como lo son los estudios que se abocan al concepto de naturaleza humana⁶⁴.

El análisis científicista y el conceptual del derecho, metateóricamente logran confluir en un esquema de concesiones, donde la explicación más adecuada del

⁶² R. ESCUDERO, *De la constitucionalización... cit.*, p. 397; R. M. JIMÉNEZ-CANO, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 63-83.

⁶³ T. TODOROV, *Nosotros y los otros*, trad. de Martí Mur Ubasart, Siglo XXI, México DF, 2010, p. 14.

⁶⁴ M. E. ORELLANA BENADO, “Negociación moral”, en *id.* (comp.), *Causas Perdidas. Ensayos de filosofía jurídica, política y moral*, Catalonia, Santiago de Chile, 2010, pp. 263-81.

fenómeno jurídico reside en la disposición de los esquemas que ambas formas de analizar al derecho plantean, no existiendo la superioridad de uno por sobre el otro, como pretenden los científicistas. La palestra hoy en día, en el mapa erudito de la teoría jurídica, está orientada a otros temas al interior de cada tendencia. En la objetividad del derecho, se indaga mucho más en su contenido esencial. Así como en la indeterminación, los problemas prácticos que persisten, en el caso de la vaguedad del derecho, por ejemplo. Lo clave del logro de este trabajo debe subsistir en el campo de una cuestión metafilosófica que agrupa a los métodos y propósitos de las teorías del derecho en científicistas y conceptuales, luego, se permite todo nexo relacionado con el concepto.

Artículo recibido: 30.06.2014
Artículo aceptado: 21.07.2014