

## UNA DISCUSIÓN CONTEMPORÁNEA SOBRE TEORÍA DEL DERECHO (RAZ, ALEXY Y BULYGIN)

Rodolfo Vidal GÓMEZ ALCALÁ

*Cada nueva época retira a los hechos hasta entonces impregnados de valor su esencialidad y deja, en cambio remontar a relaciones de valor a hechos hasta entonces indiferentes; en toda época, por ejemplo, se desplazan los límites entre los hechos históricos y los que ya sólo tienen un valor para anticuarios, es decir, cada época escribe la historia de nuevo. Nada de extrañar, pues, que cada época deba escribir de nuevo su ciencia jurídica.*

Gustav Radbruch

*El hombre no ha nacido para resolver los problemas del mundo, sino más bien, para indagar dónde el problema surge y mantenerse después en los límites de lo comprensible.*

Goethe

*En gran medida lo que estudiamos cuando estudiamos la naturaleza del derecho es la naturaleza de nuestra propia auto-comprensión.*

Joseph Raz

SUMARIO: I. Introducción. II. El debate entre Raz, Alexy y Bulygin. III. La postura de Raz. IV. Concepto y naturaleza. Derecho y filosofía. La respuesta del profesor Robert Alexy. V. La respuesta de Eugenio Bulygin. VI. Epílogo de Raz. VII. Comentarios finales.

## I. INTRODUCCIÓN

La existencia o no de una auténtica ciencia jurídica, el objeto que debe tener, así como la metodología idónea para ello, han sido interrogantes permanentes en el derecho. No sólo se trata de cuestionamientos antiguos, sino también presentes y presumiblemente también lo serán en el futuro, dada la complejidad que revisten y la falta de acuerdo de los teóricos. Podemos decir que la teoría general del derecho no tiene ni ha tenido otra finalidad que la de atender a estos planteamientos. Es más, los grandes libros que en esta materia surgieron durante el siglo XX no persiguieron otro objetivo distinto a estas preguntas. Sin embargo, permanecen sin que vislumbremos una solución o acuerdo definitivo.

Por otro lado, pudiera parecer que la interrogante acerca de lo que es el derecho, tiene un solo fin teórico, que tiende a cumplir una mera inquietud intelectual, es decir, el saber por el saber. Sin embargo, esto ya no es necesariamente así, debido a que para la teoría del derecho anglosajona, este punto ha sido superado, en atención a que la pregunta sobre lo que es el derecho, juega un rol importante en los sistemas jurídicos y su correcta comprensión, de tal forma que dicha interrogante no sólo tiene un propósito teórico, sino sobre todo práctico. La manera como concebimos al derecho se traduce en la forma en que aplicamos esa idea en la sociedad. La pregunta ahora sería hasta qué punto esa teoría pudiera a su vez ser fuente del derecho y por ello, si la teoría forma parte o no del sistema jurídico.

Tal vez el primer autor que hizo énfasis en lo anterior, fue el profesor H. L. A. Hart, quien en su obra más importante, insistió que si se quería tener una cabal comprensión acerca del concepto del derecho y de sus términos relacionados como obligación, derecho subjetivo, o incluso sobre la estructura misma de cualquier sociedad y su funcionamiento, era indispensable tener en cuenta en su análisis, dos aspectos, a los que denominó el externo y el interno.<sup>1</sup>

El primero de ellos, como cualquier análisis teórico científico, cumple con la tarea de describir y explicar los conceptos y fenómenos sociales como lo haría un observador imparcial, a quien le

<sup>1</sup> Hart, H. L. A., *El concepto de derecho* (trad. Genaro R. Carrió), Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 110-113.

resultan indiferentes los hechos que contempla y no comparte, ni establece una crítica al tipo de conductas que se practican dentro de una sociedad. Esta perspectiva es la típica de los científicos, quienes buscan un conocimiento objetivo y por ello, “no contaminado” de consideraciones subjetivas.

Sin embargo, este aspecto es insuficiente si se quiere tener una cabal comprensión acerca de las reglas sociales, ya que también es indispensable el punto de vista interno, que es el que explica y da las razones del porqué los individuos de una comunidad adoptan determinados patrones de conducta. Mientras el primer enfoque nos da cuenta sobre la regularidad de las acciones humanas y por ello, constituye una explicación fáctica, en el sentido que da cuenta de una mera repetición de acciones, no puede explicar el sentido de las reglas, ni el motivo por el que se siguen, respuestas que sí podrá dar el punto de vista interno, en donde podremos obtener una correcta significación, no sólo de lo que es el derecho, sino también el de norma, obligación o derecho. De tal forma que cualquier teoría jurídica que pretendiera tener éxito, debe: “tener en cuenta la presencia de ambos puntos de vista y no decretar, por vía de definición, que uno de ellos no existe”.<sup>2</sup>

En estos términos, una teoría jurídica tiene que enfocarse no sólo a aspectos materiales u observables que se encuentran en los fenómenos jurídicos, sino, sobre todo, tomar en cuenta las posiciones individuales que adoptan los sujetos implicados en los mismos, respecto a lo que consideran o no como reglas de derecho, lo que es un deber, una prerrogativa, etc., de tal manera que la definición acerca de lo que es el derecho, es ineludible tomar en cuenta el comportamiento de los sujetos destinatarios del propio derecho, actitud que también se reflejará en su concepto y en el contenido del derecho.

Si esto es así, el concepto del derecho juega un rol importante al momento de decidir las cuestiones jurídicas y pudiera ser que forma parte de todo sistema jurídico.

Por su parte, el profesor Ronald Dworkin estableció la hipótesis de que una de las causas por las que se les presentan a los jueces los casos que calificamos como dudosos o difíciles, lo son, porque está implícito en ellos la pregunta acerca de lo que es el derecho, de tal

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 113.

forma que esta interrogante es relevante, sobre todo para atender y resolver debidamente esos casos, en atención a que los abogados o jueces:

Pueden disentir sobre el fundamento del derecho, sobre qué otros tipos de propuestas, cuando son verdaderas hacen que una propuesta particular sea verdadera. En un sentido empírico, pueden estar de acuerdo sobre lo que el código de leyes y las decisiones judiciales del pasado tienen que decir sobre la compensación por lesiones a un compañero, pero discrepan sobre qué es en realidad el derecho de compensación porque discrepan sobre si los códigos de leyes y decisiones judiciales agotan los campos pertinentes del derecho. A esto podríamos denominarlo un desacuerdo "teórico" sobre el derecho.<sup>3</sup>

De tal forma que esa interrogante y la posibilidad de teorizar acerca de ella, está unida, al parecer, a la práctica jurídica, la que en algunos de los casos nos lleva a estos enfrentamientos conceptuales. Así, la pregunta sobre lo que es el derecho, ya no sólo juega un papel descriptivo y teórico, sino sobre todo es práctico y sus consecuencias se vislumbran al momento de tomar decisiones en aquellos casos en donde la frontera de lo jurídico con otras ramas científicas o sistemas normativos, o sociales no es clara.

Así, una vez más cobra auge la pregunta acerca de lo que es el derecho y la necesidad de saber si es posible una ciencia jurídica que produzca resultados objetivos y fiables. No sólo eso, sino que esa pregunta, como de hecho la historia del pensamiento nos puede dar cuenta, siempre está presente cuando surgen los grandes conflictos sociales y los problemas jurídicos que se plantean en los tribunales, como lo apuntó el profesor Dworkin.

## II. EL DEBATE ENTRE RAZ, ALEXY Y BULYGIN

De esta forma, en el año 2005, el profesor Joseph Raz (1939) publicó con motivo de la elaboración de "*The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*", para la Universidad de Oxford, un artículo en donde se interroga acerca de la posibilidad de que pueda existir una auténtica teoría jurídica y, si es posible, cuál sería su ob-

<sup>3</sup> Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia* (trad. Claudia Ferrari), Gedisa, Barcelona, 1988, pp. 17 y 18.

jeto, si sería una ciencia local, como se ha planteado por el profesor Dworkin, o si, por el contrario, sería universal, así como si esta teoría, se ve modificada con el tiempo, por ir transformándose el derecho y sus rasgos esenciales.

Como resultado de lo anterior, la editorial Marcial Pons en el año 2007, publicó un pequeño libro intitulado *Una discusión sobre la teoría del derecho*,<sup>4</sup> en donde no sólo se reproduce el artículo del profesor Raz, en su traducción al español, sino también incluye las respuestas que al mismo, dieron tanto el profesor Robert Alexy (1945) como Eugenio Bulygin (1931) y, por último, la réplica que formula el profesor Raz a estos comentarios.

Tal publicación resulta sorprendente, ya que reúne en un solo volumen las ideas contemporáneas de quienes resultan ser destacados representantes de la teoría jurídica, los profesores Raz y Bulygin como representantes de la corriente denominada positivismo y del maestro Alexy, más cercano a una posición que podríamos identificar como iusnaturalista (aunque seguramente rechazaría este calificativo, y preferiría el de no-positivista).

Por lo relevante de la publicación, he creído importante preparar las presentes líneas a fin de contribuir a su difusión y propiciar el intercambio de opiniones, que seguramente fijarán los límites y el desarrollo de la discusión futura teórica científica sobre el tema.

Hay que decir que mientras el artículo elaborado por el profesor Raz es extenso y comprende varias preguntas que se incluyen dentro de la posibilidad de una teoría jurídica, los comentarios que formulan tanto Alexy como Bulygin, sólo se centran en algunos aspectos de las hipótesis planteadas por el maestro de la Universidad de Oxford, en aquello que consideran cuestionable o erróneo, de tal forma que si bien con respecto al primero tenemos una idea más o menos clara de su posición respecto a la efectiva posibilidad de una teoría jurídica, de los restantes, sólo encontramos críticas a algunos aspectos planteados

<sup>4</sup> Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2007. Esta obra cuenta con un excelente estudio preliminar a cargo de Hernán Bouvier, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brígido, en donde se habla sobre la evolución de nuestra idea de los conceptos, su estatus ontológico y las distintas teorías sobre su estructura, lo que permite comprender el cambio en la posición del profesor Raz. En lo sucesivo al comentar cada uno de estos artículos, nos referiremos a esta edición. Agradezco infinitamente a mi alumno, Carlos Esquivel Magallón, el haberme regalado el libro y que propició la preparación de estas notas.

por Raz, de tal forma que para conocer su visión global acerca del tema tengamos que acudir a otras de sus obras.

### III. LA POSTURA DE RAZ

Pudiera pensarse, al menos de lo que expone el maestro Bulygin, que los planteamientos de Joseph Raz en el artículo que comentamos, resultan novedosos con respecto a sus ideas anteriores, que motivan las críticas que veremos más adelante, ya que al parecer abandona los postulados del positivismo. No obstante esto, y como lo expondremos, en realidad el maestro no ha adoptado una postura radical respecto de sus ideas iniciales y a pesar del lenguaje técnico, complejo y novedoso que emplea, sigue manteniendo una misma posición respecto a su postura original, que no es compartida por el profesor argentino, ya que de cualquier forma, el positivismo no implica necesariamente la adopción de un único modelo metodológico.

Tal vez el aporte original de la exposición de Raz, lo que se encontraba ya en sus primeros escritos y se confirma ahora en el artículo que comentamos, es el renovado ataque a la forma de conceptualización de la teoría jurídica con respecto a la filosofía analítica y la teoría positivista de corte anglosajón, en donde, siguiendo al profesor Hart, se parte de la base de que toda teoría jurídica, para ser científica, debe invariablemente versar sobre el análisis lingüístico del concepto del derecho.

Así, ya en su tesis doctoral, dirigida por el propio Hart: "El concepto de sistema jurídico, una introducción a la teoría del sistema jurídico", publicada en 1970, el profesor Raz partía del supuesto de que el derecho presentaba tres características, la normativa, la institucional y la coactiva. La primera servía de guía a los hombres para regular su conducta; la institucional hacía énfasis en que es importante estudiar no sólo el carácter normativo, sino también aspectos de aplicación y modificación de las normas y que son efectuadas por las instituciones sociales y, por último, el carácter coactivo, porque la obediencia a sus disposiciones y a su aplicación se encuentran garantizadas por el uso de la fuerza.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico, una introducción a la teoría del sistema jurídico* (traducción Rolando Tamayo y Salmorán), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, pp. 17-21.

Si bien es cierto que esas notas ya estaban presentes en las obras de Kelsen y de Hart, el profesor Raz enfatiza el carácter institucional del derecho, que no destacaban ni desarrollaban dichos autores.

Posteriormente, en el año de 1983, al interrogarse sobre la posible naturaleza del derecho, insistía en la incapacidad de los filósofos para llegar a un acuerdo respecto a una respuesta común sobre ello. Para él, había tres distintas posibilidades para enfocar este problema: la primera y predominante en la cultura anglosajona, es el enfoque lingüístico, representado entre otros por John Austin y sobre todo por Hart, en donde: "la indagación acerca de la naturaleza del derecho constituye un intento de definir el significado de la palabra 'ley'".<sup>6</sup> De tal manera, que esta forma de hacer ciencia jurídica, se vio reforzada por un espíritu imperante en el siglo XX, contrario a lo que denominó "esencialismo" y que mostró la filosofía analítica y, sobre todo, por el perfil filosófico de considerar a todos los problemas filosóficos como problemas de lenguaje.

Por otro lado, tenemos un enfoque desde el punto de vista de los abogados y de alguna idea de la que parten o intuyen acerca de lo que es el derecho, considerándolo como lo que se ocupa de "aquellas consideraciones en las cuales resulta apropiado que se basen los tribunales para la justificación de sus sentencias",<sup>7</sup> y que comprendería tanto la teoría kelseniana (aunque no estoy de acuerdo con la calificación), la teoría realista de Estados Unidos, o incluso, la postura que adopta el maestro Dworkin, ya que todas ellas sólo estudian el tipo de razonamientos o consideraciones que utilizan los jueces al momento de fallar los casos.

Reforzando su idea original en el tema, el maestro Raz también considera la posibilidad de un enfoque teórico institucional, en donde se aparten del aislamiento y reduccionismo que conduce tanto el enfoque lingüístico, como el punto de vista de los abogados, de tal manera que se puede estudiar el derecho, pero inserto en otras instituciones sociales, ya que: "...el derecho ocupa el interés de los estudiosos de la sociedad en general, y la filosofía jurídica, especialmente cuando se refiere a la naturaleza del derecho, debe apartarse de esta perspectiva,

<sup>6</sup> Raz, Joseph, "La cuestión de la naturaleza del derecho", en *La ética en el ámbito público* (traducción María Luz Melon), Gedisa, Barcelona, 2001, p. 212, en donde se recogen diversos artículos publicados por el maestro Raz, de los años de 1982 a 1992.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 215.

no para hacerla a un lado, sino para examinar a los abogados y a los tribunales con respecto a su ubicación en la perspectiva general de la organización social y de las instituciones políticas".<sup>8</sup>

De tal forma, este último enfoque lucha por buscar un análisis de lo jurídico inserto en las instituciones sociales y políticas, única forma en que puede analizarse verdaderamente al derecho. Así, ese concepto está vinculado al sistema judicial, concebido éste con tres características, la primera de ellas se ocupa de controversias con objeto de resolverlas; los fallos que dicta son autoritativos y resuelven esas controversias y, por último, que en sus actividades suelen guiarse, de manera parcial, por consideraciones positivistas dotadas de autoridad, pero reconociendo que no todas las consideraciones que toman en cuenta los tribunales para resolver sus controversias, como lo postula Dworkin, forman parte del derecho. Es decir, no todas las fuentes de que se sirven los jueces son jurídicas, por lo que no podemos caer en el error de "juridizar" todos los criterios que se utilizan para resolver esas controversias, como sería el caso de la teoría de los principios que formula este autor.

Sin extendernos más en explicar las ideas centrales del maestro Raz respecto al derecho, sí podemos percibir esa inquietud que siempre ha mostrado por considerar a la teoría jurídica como una teoría acerca de la "naturaleza" de lo jurídico y como una crítica a posiciones que considera erróneas a tal análisis. También que su enfoque ha estado centrado en el carácter institucional del derecho. Con estas ideas, ya podemos adentrarnos en el contenido del artículo del profesor Raz.

### 1. ¿Puede existir una teoría del derecho?

La respuesta que da el profesor Raz es la siguiente: "¿Por qué no?, podría uno preguntarse. De hecho, pocos ponen en duda la posibilidad de teorizar acerca del derecho...".<sup>9</sup> No obstante esto, reconoce que la idea que puede haber acerca de una teoría, esto es, un conjunto de enunciados verdaderos y sistemáticamente relacionados sobre lo que es el derecho, ha sido permanentemente cuestionado desde distintas posiciones teóricas. A pesar de la permanencia de la interrogante,

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 220.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 47.

ninguno de los desafíos que se han intentado para su solución ha resultado exitoso. Sin embargo, los mismos pueden dar una comprensión más profunda sobre cómo es posible una teoría acerca del derecho y las posibilidades de éxito.

Cuando el profesor habla de una teoría del derecho, lo hace de una manera especial o, como lo llama él, de un modo "restringido", en atención a que sólo estaría enfocado a una explicación acerca de la "naturaleza del derecho". Esto es así, porque la pregunta acerca de lo que es el derecho puede tener distintos enfoques, por ejemplo, una teoría acerca de las formas, o una teoría sobre los contenidos jurídicos, o una teoría sobre conceptos, principios, o instituciones. En ese sentido, su pregunta sólo estaría limitada en el artículo que comentamos, a dar una explicación acerca de la naturaleza del derecho, sin que esto impida el que se puedan formar teorías en los otros sentidos. Como veremos más adelante este punto no fue entendido así por el maestro Bulygin.

Para que una teoría sea satisfactoria acerca de lo que es el derecho debe satisfacer dos criterios: "En primer lugar, si consiste en proposiciones acerca del derecho que son necesariamente verdaderas y, en segundo lugar si estas proposiciones explican lo que es el derecho".<sup>10</sup> Sin embargo, el maestro no profundiza ni aclara acerca de lo que debemos entender por enunciados o proposiciones verdaderos, tema que sin duda es discutible y cuestionable dentro de la filosofía o la ciencia, ni tampoco analiza lo que debemos entender cuando esas proposiciones "explican" lo que es el derecho, puntos que considero debieron haberse atendido antes de continuar con la solución que nos ofrece, y que permanece como una tarea a realizar.

En cambio, sí se detiene a desarrollar lo que considera una teoría jurídica "exitosa", la misma sólo se da cuando hay otras explicaciones a las que consideramos como "rivales", pero a diferencia de éstas, satisface dos condiciones, la primera de ellas explica no sólo lo que es el concepto del derecho, desde el punto de vista analítico, que es la crítica central que realiza el profesor Raz a la concepción positivista predominante, sino también, el estudio de lo que podría ser la llamada "naturaleza" del derecho, con lo que se busca eliminar las limitaciones de las teorías positivistas. Por otra parte, tiene que ser

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 48.

una teoría del derecho general, objetiva y universal, es decir: "...una teoría que, ya que es verdadera, es necesariamente verdadera del derecho donde quiera y cuando quiera se lo encuentren".<sup>11</sup> Pero en este punto, el problema surge por la característica cambiante de los conceptos, siendo que el derecho depende de esos conceptos, por lo que es indispensable explicar la relación entre el concepto de algo y su naturaleza.

## 2. Esencia y concepto

El siguiente camino que toma el maestro es la interrogante sobre la relación entre un concepto y su "naturaleza". Para él, los conceptos como objeto de estudio son una creación filosófica, pero también son empleados de una manera no filosófica. Sin embargo, ambos usos tienen un problema común, que consistiría en su relación con el objeto al cual pretenden describir, es decir, la relación entre concepto y objeto que describen, o lo que es lo mismo, el concepto y la naturaleza del objeto, es decir, su esencia. Vemos cómo el maestro asimila el término naturaleza con lo que es o puede representar en la realidad el objeto del cual se predica su concepto.

Respecto de la esencia de los conceptos, considera que éstos: "están situados entre el mundo, de cuyos aspectos son conceptos y las palabras o frases que los expresan (a los conceptos) y son empleadas para hablar sobre esos aspectos del mundo".<sup>12</sup> Esta expresión del profesor Raz es relevante, ya que nos refleja su posición respecto al tema de la naturaleza de los conceptos, tomando partido por una concepción "antiplatónica" e incluso "antiaristotélica", sobre esta cuestión. Esto significa que los conceptos jurídicos, si bien tienen una verdadera existencia y por ello no son subjetivos, no tienen una entidad propia, pero tampoco son inherentes a la mente humana, ya que, como se apunta en el estudio preliminar del artículo que comentamos, su idea del concepto es que éstos se encuentran no en las palabras ni en la mente de los hombres que las formulan, sino entre las palabras y sus significados, por un lado, y la naturaleza de las cosas a las que se aplican, por el otro.

<sup>11</sup> *Idem.*

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 49.

Algunas teorías jurídicas fallan al momento de conceptualizar al derecho, ya que exageran la preponderancia de las palabras sobre los conceptos y los identifican con su significado, como lo hizo la teoría jurídica analítica. Otras sólo vinculan el concepto con la naturaleza de las cosas a las que quiere explicar y, por ello, su naturaleza se vuelve en su concepto. Hart, en su obra principal, propuso una explicación de los conceptos de la mente y del derecho, para dar una explicación sobre la naturaleza de la mente y del derecho, pero para él no había una diferencia entre la explicación de un concepto y la explicación de la naturaleza que pretendía explicar, ya que sólo pretendía un análisis conceptual que equiparaba las explicaciones que buscaba a los análisis de los significados.

Sin embargo, tal forma de plantear el problema resulta equivocada y produce resultados engañosos, ya que todo concepto es una concepción del mundo y por ello necesariamente se encuentra entre las palabras en las que se expresa, su significado y las cosas que pretende explicar. También fracasa ese tipo de teorías, ya que no necesariamente la explicación de los términos conlleva a lo que en realidad debe considerarse como tal, por ese término, sino sólo al uso que de él se hace.

Se pueden explicar los conceptos, cuando podemos decir qué es tenerlos, comprenderlos y usarlos, o lo que es lo mismo, las condiciones bajo las cuales es verdadero afirmar que la gente lo tiene y lo entiende. Además, los conceptos difieren entre sí por la información que requieren para tenerlos y entenderlos y las destrezas o habilidades para su posesión.

Una explicación acerca de lo que es el concepto para este autor, debe contemplar cuatro partes, la primera, establecer las condiciones para el conocimiento involucrado en el completo dominio de un concepto, o lo que es lo mismo, el conocimiento de todos los rasgos esenciales de la cosa de la cual es un concepto; explicar la comprensión involucrada en el completo dominio de un concepto; explicar las condiciones para la posesión mínima de un concepto, es decir aquellas propiedades esenciales y no esenciales de aquello de lo que el concepto resulta ser tal concepto; por último, explicar las capacidades requeridas para la posesión mínima de un concepto.

De ahí que explicar un concepto es cercano a explicar la naturaleza de aquello que pretende explicar, por ello, la explicación acerca de

lo que es el derecho, es lo que es su naturaleza y la explicación de su concepto debe quedar en un segundo plano, ya que depende de la respuesta que demos al primero. Con esto, Raz rechaza la función de la ciencia jurídica, como explicación de los términos jurídicos, como lo planteaban Hart y sus seguidores y, por el contrario, prefiere una teoría que verse sobre la realidad que pretende estudiar, si es eso posible.

### 3. Naturaleza del derecho

A continuación el profesor Raz se propone adentrarse en la interrogante de lo que pudiera ser la llamada “naturaleza” de lo jurídico, ya que una teoría que merezca ser tal, sólo puede contener verdades necesarias sobre el derecho y su naturaleza. Se refiere a este término, en forma similar a como se ha manejado en la filosofía tradicional, es decir, “a aquellas características del derecho que hacen a la esencia del derecho... que el derecho sea lo que es. Esto es aquellas propiedades sin las cuales el derecho no sería derecho”.<sup>13</sup> En ese sentido, dichas características deben tener un carácter universal.

La noción del derecho como designación de un tipo de institución social constituye un concepto imbricado en lo que denomina la auto-comprensión de nuestra sociedad: “Es un concepto común en nuestra sociedad, y uno que no es la propiedad de ninguna disciplina especializada. Es usado por cada uno de nosotros para designar una institución social con la que todos estamos, de diversos modos y en diferentes modos, familiarizados. Ocupa un rol central en nuestra comprensión de la sociedad, tanto de nuestra sociedad como de otras”.<sup>14</sup> La identificación de cierta institución social como derecho no es introducida por sociólogos, politólogos u otros académicos como parte de su estudio de la sociedad. Es parte, como él lo llama, de la autoconciencia sobre la manera en que contemplamos y entendemos a nuestra sociedad. Por eso, cuando preguntamos sobre la naturaleza del derecho, en realidad lo que preguntamos es sobre las instituciones jurídicas que rigen a nuestra sociedad.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 65.

Con esto queda en cierto modo entendido que para Raz la naturaleza de lo que es el derecho no es otra cosa que las instituciones que rigen a la sociedad, con lo que su concepto vuelve al terreno de lo fáctico y, por ello, de las concepciones que podríamos denominar positivistas, que caracterizan a ese objeto desde el punto de vista fáctico y descriptivo. De esta forma apunta: “El derecho es un tipo de institución social, el tipo que es aislado —designado— por el concepto de derecho”.<sup>15</sup> La comprensión de la naturaleza de lo jurídico nos debe llevar entonces a la comprensión del concepto del derecho, como fenómeno social de corte institucional, idea que ya estaba presente en sus escritos anteriores y no constituye ninguna novedad en sus ideas, sino más bien se refuerza y confirma.

### 4. La teoría del derecho como una teoría universal

El siguiente planteamiento es que si el estudio verdadero de la naturaleza del derecho nos remite necesariamente al de sus instituciones, no se desprendería de ello que la teoría fuera local, referida a las que están vigentes en determinados países, en ciertas épocas, en lugar de ser una teoría universal, lo cual dicho sea de paso, sería un sinsentido científico.

Este punto no deja de suscitar controversias, en primer término, porque pareciera que el derecho posee una naturaleza y, por ello, la misma no es cambiante, sino permanente a lo largo del tiempo. Sin embargo, pudiera pensarse que en realidad dicha naturaleza es cambiante, como lo muestra la historia en sus diversas etapas, por lo que concierne a la cultura occidental, con el derecho romano, el sistema feudal, o la época del absolutismo, en donde la connotación del derecho tuvo en realidad distintos significados. De tal manera que lo que era esencial para un periodo ya no lo era en la etapa siguiente. El hecho de que una teoría pase por alto lo anterior, pudiera ser determinante para que no la consideremos como buena.

Sin embargo, Raz considera que las instituciones que se encuentran en nuestras sociedades, también pueden o no estar presentes en otras, por lo que si la concepción del derecho pudiera ser local, ya que no todas las sociedades lo tienen, la teoría del derecho debe ser

<sup>15</sup> *Idem.*

universal, tomando en cuenta que el objeto de su investigación es general, porque explora la naturaleza del derecho donde quiera que se encuentre.

Si el concepto del derecho, tal como lo conocemos actualmente, apunta el maestro, está lejos de tener una característica de universal en la civilización humana, porque se ha desarrollado en occidente, la teoría del derecho que se enfoca al estudio de su naturaleza debe ser universal en un sentido formal, ya que si es exitosa: "*Es universalmente válida para un concepto estrecho del derecho, el concepto moderno occidental del derecho*".<sup>16</sup> Es decir, si el derecho tiene un carácter local o regional, como la historia nos lo ha mostrado, no sería así la teoría que tengamos sobre él, la cual debe ser universal.

No obstante esta hipótesis, existen defensores de una teoría local jurídica, entre los que destaca el profesor Dworkin, quien considera a la teoría del derecho como enfocada y aplicable exclusivamente a sistemas jurídicos particulares, como lo puede ser el norteamericano, el Reino Unido, por lo que descarta la nota de universalidad.<sup>17</sup> La razón de ello es que el concepto del derecho forma parte de su práctica, por lo que interrogarse acerca del primero necesariamente incide en el desarrollo o la concepción del segundo. Esto en atención a que muchas veces, cuando se resuelven problemas complejos, también se involucran temas teóricos jurídicos, particularmente lo que es y lo que no es jurídico, por lo que teoría y praxis son parte de una misma práctica auto-reflexiva. Así, el derecho norteamericano, incluiría también a una filosofía del derecho local, como lo sería la norteamericana. De ahí que las teorías del derecho son necesariamente locales.

Raz considera que este argumento no es contundente, ya que, por ejemplo, si un tribunal nacional está resolviendo un caso donde involucra el concepto de "*acto jurídico*", la decisión dependerá de si la persona sujeta al procedimiento estuvo de acuerdo o no en la celebración de dicho acto. Así, la pregunta sería si el derecho nacional

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>17</sup> Véase al respecto, Dworkin Ronald, *El imperio de la justicia* (traducción Claudia Ferrari), Gedisa, Barcelona, 1988, cap. 11, pp. 281-290. Sin embargo, ya matizó su opinión, para considerar que en realidad una teoría del derecho es tanto universal como local, como se desprende del capítulo dedicado al concepto del derecho que aparece en *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2006, pp. 227-232.

tendría autoridad para decidir qué es un acto jurídico y si éste puede vincular a alguna persona.

Opina que efectivamente los tribunales tienen facultad para decidir cuándo, conforme al derecho de su país, una acción queda incluida dentro del concepto "*acto jurídico*". "Pero la noción de acuerdo tiene vida propia fuera del derecho. Y el tribunal carece de autoridad para decidir qué es un acuerdo en ese sentido".<sup>18</sup> Esto significa que un tribunal puede fallar en su decisión, o puede estar en lo correcto, cuando se refiere a la figura del "*acto jurídico*". Sin embargo, eso es contingente respecto de la naturaleza jurídica en sí de la figura que está estudiando, la cual no pertenece al sistema local del país, sino que es general para el derecho, que la norma positiva toma en cuenta para la regulación de sus figuras jurídicas locales.

Si bien es cierto que el concepto del derecho sólo se aplica a un derecho nacional, como sucede con los conceptos jurídicos como acuerdo o acto jurídico, se trata de conceptos comunes en nuestra cultura que se aplican no sólo a los sistemas jurídicos nacionales, sino también a la de los restantes países, tanto en el presente, pasado o futuro, por lo que no es un concepto respecto del cual los sistemas normativos o los tribunales tengan autoridad para decidir o determinar su contenido. Así, cuando los tribunales estudian o analizan esos conceptos, apuntan a encontrar una respuesta correcta, como lo hacen cuando buscan en otras ciencias como la económica, o la social, de tal forma que: "La afirmación de que una teoría del derecho es local porque una teoría del derecho es parte de la práctica jurídica está equivocada. Una teoría del derecho no es parte de la práctica jurídica, al menos no en el sentido requerido para establecer su naturaleza local".<sup>19</sup>

La siguiente interrogante que plantea, es si puede existir el derecho sin un concepto acerca de él. Lo anterior significa que en una teoría jurídica hay una tensión entre lo local y lo universal, ya que es tanto local como universal. Local ya que propone explicar una institución designada por un concepto local, producto de una civilización occidental. Pero es universal pues se aplica al derecho en cualquier lugar y a cualquier objeto que pueda ser reconocido como tal y por ello su existencia no presupone la existencia de su concepto.

<sup>18</sup> *Ibid.*, pp. 70, 71.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 71.



El profesor Hart planteó como una de sus hipótesis, que un sistema jurídico no podía existir a menos que parte de su población tuviera una autoconciencia de ese sistema. Es decir, que tuviera un aspecto interno respecto al derecho, lo que significa que la población lo reconoce como una guía de conducta. De hecho Raz considera que esta teoría es reconocida ampliamente por la doctrina y por ello es parte de la naturaleza de lo que es el derecho el que sea reconocido por los sujetos súbditos del mismo.

Sin embargo, esto plantea una cuestión, si el derecho puede existir sin que los súbditos tengan claramente un concepto acerca de él, o como lo dice en sus palabras: "¿necesitan poseer el concepto de derecho para ser miembros de una comunidad política gobernada por el derecho?"<sup>20</sup> Ante ello, Hart asumió que en nuestras culturas el concepto de lo jurídico está disponible para todos y por lo tanto la mayoría de las personas tienen una comprensión general buena de su concepto.

Por su parte, el profesor Dworkin opina que el ser concientes del concepto del derecho es necesario para la existencia del derecho en cualquier sociedad, ya que forma parte de los recursos de que disponen los aplicadores de las normas así como los abogados, para resolver problemas jurídicos que se les plantean. Por ello, el derecho se vuelve una práctica interpretativa que sólo se da en aquellas sociedades que tienen un conocimiento sobre la naturaleza de esa práctica y por ello del concepto del derecho.

A esta versión dominante de la teoría jurídica, Raz considera que existen sociedades, por ejemplo, la judía, donde el concepto del derecho no forma parte dentro del sistema cultural de esa religión y a pesar de ello, cuentan con derecho. Por lo que lo aplicable a ese ejemplo puede ser extendido a nuestras sociedades, si bien el concepto del derecho es producto de una cultura específica y que muchas veces no estuvo disponible para los integrantes de culturas anteriores, eso no impide que hayan tenido un derecho. Por ello, concluye que el derecho puede existir y existe en culturas que no tienen conocimiento que sus instituciones revisten el carácter de jurídico y por lo tanto, no es correcto afirmar que una teoría del derecho es local, sino que por el contrario: "una teoría del derecho se propone explicar el derecho

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 75.

donde quiera que se encuentre, incluyendo sociedades que no poseen el concepto del derecho".<sup>21</sup>

Lo anterior también sería relevante para responder de acuerdo con la concepción de Raz, la pregunta inicial que formulamos en el presente trabajo. Es decir, sobre si lo que es o no el derecho, es necesario para una buena práctica jurídica, en el sentido de que en realidad constituye una interrogante independiente, de naturaleza teórica, pero que en algunas circunstancias puede servir para resolver problemas prácticos, lo que justificaría el cultivo de esta disciplina como auxiliar de dicha práctica.

La última pregunta que se formula el profesor Raz es si el concepto del derecho es local, pero no así su teoría, entonces cómo es posible comprender culturas jurídicas extrañas. Si las personas no están guiadas por reglas a menos que sean concientes de ello, se desprendería en principio que necesitan esa conciencia, para conocer al derecho. Así, el concepto de lo que es jurídico es esencial, no sólo para comprender ciertas prácticas e instituciones que se dan en nuestras sociedades, lo que nos permitiría en principio comprender otras.

Sin embargo, nuestros intentos por comprender sociedades diferentes, deberíamos en principio dominar sus conceptos, ya que no podemos saber lo que éstos significan, si no comprendemos la forma en que ellas mismas se entienden. Además, sólo las comprenderemos cuando podamos relacionar sus costumbres y prácticas con las nuestras.

Para comprender culturas extrañas, debemos contar con conceptos cuya aplicación no esté restringida a nuestra cultura, sino de aquellos que nos sirvan para aplicarlos tanto a los nuestros como a los extraños. Esto presupone que nuestra cultura tiene "*los recursos intelectuales*" que hacen posible entender las culturas ajenas.

De esta forma concluye su artículo el maestro de la Universidad de Oxford, apuntando que para él es posible una teoría jurídica, la cual tiene como objetivo explicar su naturaleza, que es institucional y referido a lo fáctico, pero para ello necesitamos examinar cuestiones concernientes a la función de esta explicación. De cualquier forma la teoría del derecho: "Tiene aplicación universal que —cuando es exitosa— provee una explicación de la naturaleza del derecho, cuando

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 79.

quiera y donde quiera que se encuentre. La objetividad y universalidad de la teoría del derecho no es afectada por el hecho de que el concepto de derecho (que es nuestro concepto de derecho) es local y no compartido por todas las personas ni por las culturas que viven o vivieron bajo el derecho".<sup>22</sup>

#### IV. CONCEPTO Y NATURALEZA. DERECHO Y FILOSOFÍA. LA RESPUESTA DEL PROFESOR ROBERT ALEXY

En respuesta a los planteamientos del profesor Raz, Robert Alexy en su artículo "Acerca de dos yuxtaposiciones: concepto y naturaleza, derecho y filosofía. Algunos comentarios sobre ¿puede haber una teoría del derecho? de Joseph Raz",<sup>23</sup> no se centra en estudiar la tesis central del profesor Raz, sobre la posibilidad de una teoría del derecho, como el estudio de su naturaleza y que responder esta pregunta es mostrar sus propiedades necesarias o esenciales. Sin embargo, manifiesta que en todo caso, éstas deberían ser independientes del espacio y el tiempo, donde quiera y siempre que el derecho exista, con lo que comparte la idea de Raz. En ese sentido, entiende que, en su caso, las propiedades necesarias o esenciales del derecho serían al mismo tiempo "*características universales del derecho*".<sup>24</sup> En ese tenor, la filosofía del derecho como una investigación acerca de su naturaleza, es por consiguiente, una empresa universal.

El carácter universal y las propiedades esenciales es de siempre una de las principales preguntas que se ha hecho la filosofía, pero como Raz defiende estos puntos, el profesor Alexy se abstiene de hacer comentarios adicionales. Empero, reconoce que la tarea de sustentar esas propiedades no es fácil.

En ese tenor, los comentarios del profesor Alexy se circunscriben en dos temas, el primero la relación entre naturaleza y el concepto del derecho y la segunda entre el derecho y la filosofía. Si hay propiedades necesarias o esenciales del derecho que por ello definen su naturaleza,

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>23</sup> Mismo que se encuentra en el libro sobre una discusión sobre la teoría del derecho, pp. 87-98.

<sup>24</sup> Alexy, *op. cit.*, p. 87.

entonces la pregunta obligada es qué relación hay entre naturaleza y concepto y, por ello, la relación entre derecho y filosofía.

Sin embargo, antes de entrar en materia convendría hacer alguna puntualización sobre la obra del profesor de Kiel. Son ampliamente conocidas en nuestro país sus aportaciones, sobre todo por sus obras más importantes: *Teoría de la argumentación jurídica*, con la que obtuvo su grado de doctor en 1976, aunque la publicación es de 1978 y posteriormente, para su habilitación como profesor de la Universidad de Göttingen, su "Teoría de los derechos fundamentales", de 1984. Sin embargo, en ninguna de esas valiosas obras encontramos directamente un planteamiento sobre el tema que hoy nos ocupa.

Para ello nos tenemos que remitir a su pequeña obra: *El concepto y la validez del derecho*, publicada originalmente en alemán, en 1992. En ella, ya esbozaba lo que vendría a ser su planteamiento esencial en esta materia, es decir, que para una adecuada conceptualización acerca de lo que es el derecho, además de las notas fácticas y normativas, tiene que existir lo que denomina "*la pretensión de corrección*":<sup>25</sup>

La pretensión de corrección es un elemento necesario del concepto de derecho. Esta tesis será llamada el "argumento de la corrección"... cabe señalar que los sistemas normativos que no formulan ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección no son sistemas jurídicos. Todo sistema jurídico formula una pretensión de corrección.<sup>26</sup>

Más tarde, en otros escritos, ha aclarado y desarrollado más sus ideas para indicar que el concepto del derecho se refiere a una entidad que conecta lo real y lo ideal de una manera necesaria, de ahí que debamos afirmar que la naturaleza del derecho es dual, y por lo tanto, una definición debe versar sobre recalcar esa doble naturaleza. Una vinculada al aspecto fáctico, cuya nota esencial es la coerción, toda vez que: "La coerción es necesaria si el derecho pretende ser una

<sup>25</sup> El término "*corrección*" no es nuevo en la teoría del derecho, ya que también F. Gény (1861-1959) ya lo había utilizado, como un mecanismo para corregir el exceso de legalismo al momento de aplicar las normas. De cualquier forma hay que resaltar que ese término no resulta claro para la teoría del derecho y por lo tanto es necesaria su clarificación y crítica, pero por razones del objeto de este trabajo, no se hará una crítica de este término.

<sup>26</sup> Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho* (trad. Jorge M. Seña), 2a. ed., Gedisa, Barcelona, p. 40.

práctica social que satisface sus propósitos formales básicos definidos por los valores de la certeza jurídica y la eficacia".<sup>27</sup>

Por el contrario, la dimensión ideal del derecho apunta a ese argumento de corrección que ya había señalado el Dr. Alexy y que ahora desarrolla:

Debido al hecho de que la pretensión de corrección que el derecho eleva necesariamente, comprende una dimensión ideal, así como una dimensión autoritativa, un juez que escoja la interpretación moralmente equivocada en un caso en el cual el derecho positivo permite también una interpretación moralmente correcta, no adoptaría una decisión jurídica perfecta. En casos de este talante, la falta de corrección moral implica la falta de corrección jurídica.<sup>28</sup>

Así, desde el punto de vista científico y retomando las ideas del aspecto externo e interno del derecho, la definición del derecho apunta a lo que es verificable como hecho social. Sin embargo, desde un punto de vista interno, el derecho depende de los participantes del sistema jurídico, y la manera como deben resolverse éstos en los casos concretos, por lo que desde esta visión, el derecho depende no sólo del hecho social, sino también de la corrección moral, de ahí que el concepto del derecho deba tomar ambas notas.

Una vez esbozadas someramente las principales ideas del profesor Alexy, ya podemos analizar su respuesta a Raz respecto a su concepción del derecho.

### 1. Concepto y naturaleza

Señala el Dr. Alexy que Raz usa el concepto de teoría del derecho, de una forma limitada, es decir, como una explicación sobre la naturaleza del derecho, punto que reconocía. En ese tenor, las preguntas por la esencia y necesidad son genuinamente filosóficas. No todas las preguntas teóricas son filosóficas, por ello debemos considerar que

<sup>27</sup> Alexy, "En torno al concepto y la naturaleza del derecho", en *El concepto y la naturaleza del derecho* (trad. Carlos Bernal Pulido), Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 90. Agradezco también a mi alumna, Martha María del Carmen Hernández Álvarez, la obtención de esta obra, que fue de especial ayuda para la elaboración de este artículo.

<sup>28</sup> Alexy, *op. cit.*, p. 94.

el conjunto de proposiciones verdaderas y sistemáticas relacionadas sobre la naturaleza del derecho, sería la filosofía del derecho, o por lo menos, una parte de ella.<sup>29</sup>

La unión de concepto y naturaleza está vinculada a la tesis de Raz que declara que el concepto del derecho es un término local, en tanto que la teoría del derecho es universal, porque explora su naturaleza, para demostrar lo anterior, Raz propone que al ser el concepto del derecho producto de una cultura específica, luego entonces es local. Sin embargo, Alexy considera que si existieran algunos conceptos que son posesión común de todos aquellos que han adquirido la capacidad de pensar, hablar y actuar, esos conceptos, como lo apuntaban Aristóteles o Kant, tendrían el nivel de "categorías".

El que haya la posibilidad de detentar o no el concepto del derecho ¿significa que este concepto es local? La respuesta que da es sí y no. El concepto de derecho tiene una naturaleza local en cuanto que su posesión depende de la pertenencia a una cierta cultura. Los conceptos tienen más de una dimensión, ya que además de ser productos culturales, son reglas socialmente establecidas que involucran el significado de las palabras, por lo que implica cierta convencionalidad y por ello su localidad.

Sin embargo, también los conceptos son convenciones o reglas de un tipo especial, ya que pretenden ser adecuados a su objeto, como lo postulaba Kant en su crítica de la razón pura:

De esta manera, están intrínsecamente relacionados a la corrección o verdad de las proposiciones construidas por medio de ellos... Los conceptos —como partes de una práctica que está intrínsecamente conectada con la verdad, justificación, validez intersubjetiva, objetividad y realidad— procuran captar la naturaleza de las cosas a las que ellos se refieren tan perfecta o correctamente como sea posible. Esta es la dimensión no convencional o ideal de los conceptos... En esa medida el concepto se corresponde con la naturaleza de su objeto. Y en la medida en que así corresponde es que tiene validez universal.<sup>30</sup>

De esta manera el carácter local de los conceptos tiene que ser restringido y por lo tanto, considerar que son en parte universales y en parte locales, de tal manera que dicha "universalidad parcial" les

<sup>29</sup> *Op. cit.*, p. 88.

<sup>30</sup> *Op. cit.*, p. 90.

da poder para trascender las fronteras de la cultura en la que se han producido, pero reconociendo que si la naturaleza o esencia de una cosa es universal, entonces también lo es su concepto, en tanto logre captar los caracteres esenciales de un objeto.

Sin embargo, cuando no hay acceso directo a la naturaleza de una cosa, sólo se le puede conocer por medio de conceptos, de tal manera que quien esté interesado en investigar sobre la naturaleza del derecho, lo primero que deberá hacer es tomar el concepto de derecho que mejor capte los rasgos esenciales sobre todas las alternativas posibles, lo que muestra que el carácter local de un concepto del derecho puede ser compatible con la universalidad de su validez. Esto muestra que el concepto del derecho puede ser al mismo tiempo un análisis de su naturaleza y por eso tanto local como universal, o como lo indica el profesor Alexy "*universalidad parcial*".

Por otro lado, el significado de un concepto es fundamental en la filosofía. Alexy comparte el rechazo de Raz en el sentido de que el análisis del significado de un término como derecho no basta para explicar su concepto, pero no puede llegar al extremo del profesor de Oxford de que el significado de esa palabra carezca de interés, dentro del contexto de la explicación del concepto o la naturaleza del derecho, ya que el análisis de su significado puede ser un primer paso en el camino a esa explicación.

También está de acuerdo con Raz al afirmar que podemos referirnos al derecho sin usar el término que lo designe, pero esto no impide que nos refiramos al derecho con este término, ya que es posible en atención a las reglas convencionales del significado que conecta las palabras con las cosas que ellas designan, así las reglas convencionales del significado juegan un rol decisivo en la explicación de lo que es el significado.

Los conceptos son entidades complejas que permiten la posibilidad de interpretarlos de diferentes maneras, ya sea enfatizando un aspecto u otro, una de ellas es sólo considerar a los conceptos como reglas convencionales de significado y por eso serían locales como lo presupone Raz. Sin embargo también los conceptos pretenden adecuarse a sus objetos que designan y por lo tanto remiten a su naturaleza y por ello son universales.

De esta manera los conceptos están entre la convención y su naturaleza y por ello, tienen un doble carácter, local y universal, pero

debido a su compromiso con la naturaleza de las cosas, tienen no sólo cierta independencia con respecto a las convenciones sociales de las que surgen, sino también, debido a su distancia de la naturaleza de las cosas, también tienen cierta libertad respecto a lo que puede encontrarse en los objetos a que se refiere: "Los conceptos no sólo se encuentran en el carácter local y universal, sino también entre el compromiso y la creatividad..."<sup>31</sup>

## 2. Derecho y filosofía

El siguiente aspecto que comenta el profesor Alexy es la relación entre práctica y teoría o filosofía del derecho o, lo que es lo mismo, entre derecho y filosofía. Para él ni la explicación de Dworkin, ni la de Raz son adecuadas para explicar esa relación, sino que es necesario contar con una tercera propuesta.

De acuerdo con la explicación de Dworkin, las teorías del derecho son locales, ya que lo que puede ser cierto en Estados Unidos no lo es en Italia o en México, de tal forma que si existen coincidencias en esos países es una mera circunstancia contingente.

Por su parte, Raz considera que la filosofía del derecho no es parte de un sistema jurídico ni de la práctica jurídica. El hecho de que en algunos asuntos los tribunales se involucren en cuestiones de carácter teórico sobre la naturaleza del derecho, ello no implica que las teorías del derecho sean parte de un sistema jurídico determinado, sólo se desprende entonces que en algunos casos las teorías del derecho son relevantes para una decisión jurídica. De esta manera, aspectos teóricos-jurídicos tendrían en algunos casos la misma participación que argumentos económicos o sociales que pueden ser relevantes en una decisión, de tal manera que si las teorías del derecho fueran parte del sistema jurídico, los tribunales tendrían una "*autoridad especial*" para decidir sobre su corrección o verdad.

Alexy considera que ambas posiciones son incorrectas, ya que el hecho de que una teoría jurídica sea parte de un sistema jurídico de un país, no implica ni convierte a la primera en local, ya que existe una distinta alternativa (tercera tesis), la cual podría ser enunciada de la siguiente manera: "Ésta sostiene, primero, que el concepto de

<sup>31</sup> *Op. cit.*, p. 93.

derecho puede ser parte del derecho sin ser local y, segundo, que el concepto de derecho puede ser parte del derecho sin estar sujeto a su autoridad".<sup>32</sup>

Lo anterior se demuestra de la siguiente manera. Un concepto del derecho puede ser parte del sistema jurídico sin volverse local. Para ello basta tomar en cuenta el permanente problema teórico sobre si las consideraciones de tipo moral pertenecen o no al sistema jurídico. Los positivistas responden de una manera negativa y los antipositivistas lo hacen de una manera positiva. No importa cuál de las dos posturas sea la correcta o verdadera. Sin embargo, no hay duda de que cualquiera que sea la verdadera, una lo será y no la otra. Asimismo los jueces en los países por mucho tiempo se plantearon la pregunta sobre si las decisiones judiciales debían basarse exclusivamente en fuentes jurídicas reconocidas por el derecho o también en consideraciones morales, tomemos como presupuesto, apunta Alexy, que los jueces se inclinaron por la solución positivista.

Ante esta situación, se puede decir que una concepción positivista del derecho es parte del derecho del país, sin embargo, ¿esto haría que la teoría del derecho se volviera local? Aquí, habría que realizar una distinción, la asunción por parte de los abogados y jueces a determinada teoría, como puede ser la positivista o iusnaturalista, es algo de carácter contingente, pero la veracidad o falsedad de esa teoría no lo es, sino que, por el contrario, sólo puede ser o verdadera o falsa y por ello su respuesta es universal y no local "un concepto de derecho no adquiere más naturaleza local por ser adoptado por una práctica jurídica que la que adquiriría una teoría astro-física por ser adoptada por la comunidad científica o el público. Ambas siguen siendo, si son verdaderas o correctas, universalmente verdaderas o correctas sin ninguna de tales adopciones y, si son falsas, continuarán siendo universalmente falsas a pesar de tales adopciones".<sup>33</sup>

De esta manera, no se puede concluir que el hecho de que determinada concepción del derecho forme parte del sistema jurídico del país o sea compartido por la mayoría de los sujetos destinatarios, volvería local esa concepción.

<sup>32</sup> *Op. cit.*, p. 95.

<sup>33</sup> *Op. cit.*, p. 96.

De lo anterior también se puede desprender que todos los abogados tienen una idea más o menos clara, o más o menos coherente sobre lo que es el derecho, ya que sin esa idea, no se puede saber qué razones o elementos caen dentro de lo jurídico. El hecho de que ese concepto pueda ser verdadero o falso implica no únicamente que los juristas no sólo realizan una labor local, como lo sería determinar qué razones están permitidas bajo determinado sistema jurídico, sino que también están insertos en una tarea de carácter universal, es decir, que su práctica jurídica sea una práctica correcta y verdadera.

Por último, el hecho de que los tribunales invoquen consideraciones teóricas de carácter general en sus decisiones, no les da la autoridad especial que apunta el profesor Raz.

Es evidente que en muchas ocasiones los tribunales deciden sobre si una teoría o concepto del derecho es correcta o verdadera, como podría ser si es la del positivismo o la del antipositivismo. De hecho, en algunas situaciones históricas como fueron los tribunales alemanes después de 1945, adoptaron ese tipo de cuestionamientos. "Sin embargo, no significa que tengan autoridad especial alguna para establecer que sus respuestas a las preguntas sobre la naturaleza del derecho son correctas o verdaderas".<sup>34</sup>

No hay duda que los tribunales, cuando realizan afirmaciones, también aspiran a la veracidad en ellas, sin embargo, esa tarea puede fallar. Si bien es cierto tienen una autoridad para dictar resoluciones vinculantes, no lo tienen para decidir la veracidad acerca de ellas, ya que sólo eso se puede resolver en una teoría acerca del concepto del derecho y, por lo tanto, forma parte de una labor filosófica en la que ningún planteamiento de alguna autoridad pueda estar exenta de ser discutida.

En ese tenor, los argumentos de los tribunales tendrán el mismo nivel que cualquier otro que formulen otros participantes en la ciencia jurídica. Esto muestra, como decíamos al principio y por eso la importancia de la filosofía del derecho en la atención de los problemas prácticos, que el concepto de derecho está vinculado a la práctica jurídica, y ésta a la filosofía del derecho.

<sup>34</sup> *Op. cit.*, p. 97.

## V. LA RESPUESTA DE EUGENIO BULYGIN

Son de sobra conocidas las grandes aportaciones que ha realizado el maestro Eugenio Bulygin, en el campo del derecho, entre las que destaca, la teoría general del derecho, en sus clarificaciones a los conceptos de “*sistema jurídico*”, “*validez*”, “*lagunas*”, etc., así como en el campo de la lógica jurídica. Sin reducir su vasta producción, podemos señalar que dos de sus mejores obras, ambas creadas en 1971, con la colaboración de Carlos E. Alchourrón, son: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*,<sup>35</sup> en la que propone un modelo formal, lógico para la solución de casos prácticos y *Normative Systems*,<sup>36</sup> donde expone sus principales ideas sobre lo que es un sistema jurídico, identificándolo no como lo hace la teoría tradicional, partiendo de la norma jurídica, sino de la idea misma de un sistema deductivo de carácter normativo, apoyándose para ello en las ideas de Tarski, lo que mejora la explicación acerca de lo que es el derecho.

Siempre se ha destacado por ser un férreo defensor de lo que denominamos positivismo jurídico, del que ha procurado superar las deficiencias que ha presentado, en los desarrollos tanto de Kelsen, como de Hart o Raz. En ese sentido, ha sido permanente su convicción de que la teoría del derecho, además de ser susceptible de un conocimiento científico, debe ser enfocada como una ciencia que percibe a su objeto de estudio como un fenómeno social, fundado en convenciones sociales, creadas por el hombre y estructuradas con base en hechos sociales complejos. Por ello, debe ser visto con base en una clara distinción entre el derecho que es y el que debe ser, o lo que es lo mismo, entre descripción y valoración, o entre derecho y moral. Dada su naturaleza de positivista, siempre ha sido enemigo de los términos oscuros o que refieran a una “*metafísica*”. Bajo esa perspectiva, es evidente que el artículo del profesor Raz le sorprenda, por la nueva terminología que utiliza, que parece acercarse más a los cultivadores del derecho natural.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> La primera edición es en inglés, pero traducida al español en el año 1975, en colaboración con Carlos E. Alchourrón, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1975.

<sup>36</sup> La primera edición es en inglés en la Ed. Springer-Verlag, Viena-Nueva York, del año 1971, con traducción al alemán, pero no al español.

<sup>37</sup> Para tener una visión general de las ideas de este muy interesante autor, recomiendo: “El positivismo jurídico”, en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2005*, Fontamara, México, 2006.

Por ello, le resulta extraño la forma en que Raz se interroga sobre la posibilidad de una teoría del derecho, ya que es un tema que lo ha ocupado por varios libros e infinidad de artículos y la extrañeza es sobre la forma en que responde la interrogante en el artículo que comentamos, ya que atiende para su explicación a términos poco claros como “*naturaleza*”, “*necesario*”, o “*explicación*”, etc. Para él, la respuesta a la interrogante es coincidente con la de los demás autores, esto es, sí es posible una teoría acerca del derecho. De hecho hay muchas teorías del derecho y por ello, varios conceptos también acerca de lo que es el derecho, los cuales están relacionados entre sí.

Sin embargo, hace énfasis en cuatro aspectos en los que discrepa de la postura del profesor Raz.

### 1. Conceptos y esencias

El primero de ellos tiene que ver con el tipo de explicación que debe dar una teoría científica jurídica, esto es, la de explicarnos la “*naturaleza del derecho*”, y para ello debe suministrar proposiciones “*necesariamente*” verdaderas que deben explicar lo que es el derecho.

Ahora bien, según Raz la naturaleza de las cosas es el conjunto de todos sus rasgos esenciales, sin los cuales no sería lo que es. Para referirnos a la naturaleza lo hacemos con base en conceptos y para ello requerimos del lenguaje. Por ello usamos el lenguaje para referirnos a conceptos y éstos para identificar a las cosas y su naturaleza.

Sin embargo, no es claro sobre lo que es la naturaleza de los conceptos, ya que si bien afirma que son una creación humana, no se pueden identificar conceptos con significado o con naturaleza de las cosas. Por ello, la relación entre concepto y significado y concepto y naturaleza requiere de una explicación que no se da.

¿Cuál sería la relación entre el concepto y la naturaleza de una cosa? Si bien es cierto las cosas tienen, probablemente infinitas propiedades, sólo algunas de ellas serían esenciales o necesarias, por ello, para Raz el primer y más importante requisito para la explicación de un concepto, es precisamente establecer las condiciones para el conocimiento en el dominio completo del concepto, que lo es de sus rasgos esenciales. Sin embargo, lo anterior no significa

que para tener un concepto deberíamos conocer todas las propiedades esenciales del objeto que trata de explicar. La mayoría de los conceptos que detentamos son incompletos respecto al objeto que quieren explicar.

Sin embargo, la interrogante que formula Bulygin es si una cosa tiene propiedades esenciales por sí, independientemente del concepto usado para identificarlo. Al parecer esa es la opinión de Raz, sin embargo no está de acuerdo con él, ya que no es fácil captar para siempre y para todos los propósitos las propiedades necesarias de una cosa, en el caso de una lámpara ¿cuáles serían sus propiedades esenciales?, ¿la de iluminar, o la del material con la que está hecha? Es dudoso que existan propiedades esenciales o necesarias de una cosa, con independencia del concepto que utilizamos para identificarla, lo mismo pasaría con el derecho.

Parece ser, más bien, que son los conceptos en virtud de los cuales distinguimos a la naturaleza y eso hace resaltar que consideremos que tienen propiedades de tal característica. "Ninguna propiedad de una cosa es esencial *per se*, sino en relación con un concepto. Si esto es así, entonces no existen propiedades esenciales de una mesa o del derecho, independientes del concepto de mesa o de derecho que estamos utilizando. En otras palabras, es el concepto de una cosa el que determina cuáles son sus propiedades esenciales y —en consecuencia— la naturaleza de esta cosa y no a la inversa".<sup>38</sup>

Tal vez la discrepancia central entre estos autores es si las esencias son independientes de los conceptos, ya que en caso de afirmarse, estaríamos de acuerdo con Raz y en sentido contrario, con Bulygin. Para éste la concepción del primero suena a esencialismo sin que dé apoyo ulterior a su justificación. Es posible que la preocupación del profesor de Oxford esté apoyada en las nuevas tendencias sobre la explicación semántica de los conceptos por parte de Kripke-Putnam. Pero, como dice Bulygin, si uno acepta la existencia de las clases naturales, para referirse a objetos físicos, que es en lo que consiste el análisis del estilo de "*clases naturales*", es dudoso que el derecho pertenezca a esa clase.

<sup>38</sup> Bulygin, *op. cit.*, p. 102.

## 2. Concepto y explicación del derecho

Derivado de la consecuencia de lo que llama Bulygin "*esencialismo*" en Raz, está la distinción entre análisis conceptual y explicación del derecho, ya que para este último, la teoría del derecho no debe versar, como en su momento lo postuló el profesor Hart, en el análisis del concepto del derecho, sino en su naturaleza.

En esta crítica, el maestro argentino nos recuerda el señalamiento que en su obra principal Hart enfatizó respecto a cuál debería ser la principal función de una ciencia jurídica, al preguntarse sobre el concepto del derecho consistía básicamente en liberar a dicha pregunta de elementos oscuros, precisamente como preguntarse sobre la naturaleza del derecho.<sup>39</sup>

Según esta crítica, Raz considera que la explicación de los conceptos no equivale a la explicación de la naturaleza de las cosas de las cuales son concepto. Sin embargo, si aceptamos la idea de que la naturaleza de una cosa depende del concepto usado para identificar a esa cosa, entonces hay un paralelismo entre el análisis de un concepto y el de la naturaleza de la cosa, como era la opinión de Hart.

Los conceptos y la naturaleza de las cosas están estrechamente vinculados, toda vez que no hay una naturaleza de una cosa, sin un concepto, lo que equivale a afirmar: "la explicación de un concepto consiste efectivamente en la explicación de la naturaleza de la cosa de la cual es concepto, si por "naturaleza" entendemos el conjunto de todas las propiedades necesarias de una cosa, y esto significa todas las propiedades definitorias del concepto correspondiente. En consecuencia, la explicación de la naturaleza del derecho no es más que la caracterización del concepto de derecho, esto es, de sus propiedades definitorias".<sup>40</sup> De esta manera volvemos al planteamiento del derecho, como lo expuso Hart.

Por otro lado, para Raz el análisis conceptual no debe ser el análisis de sus significados, pero esto no es correcto, ya que, como lo mostró Hart, la explicación de las palabras que usamos para referirnos a conceptos, como lo es el derecho, constituye una valiosa herramienta

<sup>39</sup> Véase Hart, *El concepto del derecho*, *op. cit.*, pp. 1-7.

<sup>40</sup> Bulygin, *op. cit.*, p. 104.

para la teoría del derecho, como en su momento lo hicieron también Alf Ross y Hans Kelsen.

### 3. Uno o varios conceptos

Lo anterior nos lleva de la mano a la siguiente pregunta, sobre si hay un único concepto del derecho, o si, por el contrario, hay varios. Según Bulygin, el planteamiento de Raz no es claro, ya que da a entender que sólo hay un concepto del derecho, o por lo menos un concepto "privilegiado". Sin embargo, esto es extraño, ya que en otros escritos había sostenido la hipótesis de que podían existir y de hecho se daban varios tipos de conceptos.

Sin embargo, la pregunta que habría que hacerse es si los distintos conceptos que puede haber en realidad son diferentes, pero relacionados con nuestro concepto del derecho, o si, por el contrario, son concepciones diferentes de un mismo concepto. Para Bulygin lo verdadero sería lo primero, reforzado con la afirmación que en su momento hizo el propio profesor de Oxford, en el sentido de que el derecho es un producto histórico que cambia a través del tiempo. Si lo anterior es así, entonces pueden existir y de hecho hay varios conceptos diferentes de derecho.

De lo anterior, se desprende que si la teoría del derecho puede ser enmarcada como aquella que tiene como propósito el análisis de sus propiedades esenciales, y como en su momento lo postuló el propio Raz, no se puede pretender que un concepto en un momento determinado comprenda una enunciación exhaustiva de todas sus propiedades, por ello, la teoría del derecho no tiene un límite, ya que la lista de sus propiedades es indefinida. Así es insostenible la tesis de un único concepto del derecho, si la lista de sus propiedades que llamamos esenciales es indefinida.

De tal manera pueden existir distintos conceptos de lo jurídico, cada uno de ellos que se enfoque en algunas de las propiedades que tenga, de ahí que es válido sostener la posibilidad de que haya distintos conceptos del derecho. De esta forma puede haber distintas preguntas sobre lo que debemos entender sobre derecho, a las que recaerán diferentes respuestas. La historia nos da ejemplos de ello y Tomás de Aquino, Austin, Holmes, Kelsen, Hart o Dworkin, nos dan distintos conceptos.

De todo lo anterior se puede concluir que la pregunta sobre lo que es el derecho, ha recibido a lo largo de la historia numerosas respuestas distintas y, por lo tanto, esa interrogante constituye la solicitud de una definición, pero hablar de naturaleza o esencia en el derecho, sólo constituye "una variación oscuramente formulada de la misma pregunta".<sup>41</sup>

Bulygin considera que los diferentes conceptos del derecho son producto de una teoría y tratan de resolver la estructura de la institución a la que llamamos derecho, aunque lo haga de manera diferente. Sin embargo, eso no lleva a la conclusión de que todos los conceptos son correctos o tienen la misma validez. Por el contrario, un concepto puede ser mejor que otro, ya sea porque es más exacto o porque no lleva a distorsiones. Siguiendo la tradición analítica, el proceso que conduce de un concepto mejor a otro es la explicación o reconstrucción racional. Todas las teorías del derecho se esfuerzan por formular un concepto lo más apegado a la realidad, y de acuerdo con un criterio teórico, como la simplicidad, fecundidad o elegancia en la presentación.

También Bulygin considera que el hecho de señalar que el concepto de derecho es local y la teoría del derecho universal no es claro en lo que quiere decir con esa afirmación. Es evidente que todo concepto de lo que es lo jurídico emerge en una cultura y en un tiempo determinado, como lo son los de otras ramas del conocimiento, pero si es así, entonces todos los conceptos serían locales y no habría ninguno que tuviera la característica de universal.

### 4. Teoría del derecho valorativa o explicativa

La nueva tesis sorprendente de Raz, según Bulygin, que lo vincula más hacia Dworkin y que lo aleja más de su posición original cercana a Hart, consiste en afirmar que la teoría del derecho debe ser valorativa, lo que la conecta, con su afirmación de que el concepto de derecho está "imbricado" en la auto-comprensión de nuestra sociedad.

El maestro argentino considera que hay una confusión y falta de claridad por lo que se refiere a esta postura valorativa, ya que se puede aplicar de dos diferentes maneras. La primera de ellas cuando,

<sup>41</sup> *Op. cit.*, p. 107.



por ejemplo, en la lógica o en la matemática ponemos en práctica un teorema, de tal forma que evaluamos, para ver si se confirma o no una hipótesis. Lo mismo puede ser dentro del proceso judicial, cuando se valoran las pruebas aportadas por las partes. De esta forma, tenemos un sentido del término valoración, como "evaluación epistémica".<sup>42</sup>

Sin embargo, existe otro tipo de valuación a la que considera ética, como lo propone Alexy con su tesis de la pretensión de corrección, en donde evaluamos una conducta como buena, mala, correcta o injusta, etc. La diferencia con la primera es que aquí emitimos un juicio de valor ético, lo cual implica una aprobación o desaprobación.

De acuerdo con lo que postulan los positivistas, entre ellos, Hart, una teoría del derecho debe ser descriptiva y nunca tener pretensiones justificatorias, ya que no se busca respaldar o recomendar criterios morales o similares, ya que constituiría: "*una importante idea del emotivismo ético*",<sup>43</sup> no compartida con esa visión de la ciencia jurídica.

Bulygin considera que cuando un filósofo del derecho aprecia las diferentes maneras de conceptuar al derecho, lo realiza desde un punto de vista epistémico y no ético, pero de cualquier forma, si se realiza este tipo de consideraciones, no constituye una razón para negar que la teoría del derecho debería ser descriptiva, o como en su momento lo apuntó Hart: "una descripción puede ser todavía una descripción, incluso cuando lo que es descrito es una evaluación".<sup>44</sup> La postura de este maestro no sólo es contraria a la de Raz, sino incluso a la de Alexy.

La idea final del maestro argentino es que los planteamientos de Raz ya no se centran en una concepción analítica del derecho, que estuvo de moda en décadas anteriores y que se está adaptando a las nuevas "*modas filosóficas*". Sin embargo, el hecho de que una teoría se ponga o no de moda, no garantiza que sea una mejor o peor teoría. De cualquier forma, el profesor de Oxford, no da razón alguna para que prefiramos sus nuevas ideas, sobre esencias, naturalezas, conceptos acerca de lo jurídico.

<sup>42</sup> *Op. cit.*, p. 109.

<sup>43</sup> *Op. cit.*, Loc. Cit.

<sup>44</sup> *Op. cit.*, Loc. Cit., tomado de *El concepto del derecho*, de Hart, *op. cit.*, p. 240.

## VI. EPÍLOGO DE RAZ

La última sección del libro que comentamos, consiste en la respuesta que dio Joseph Raz a las críticas que le formularon Alexy y Bulygin. En su opinión, ninguno de los dos se ocupa de cuestionar directamente sus conclusiones, sino que impugnan aspectos diversos del artículo, los cuales sirven para sustentar su hipótesis principal, en el sentido de que interrogarse sobre una teoría del derecho, no debe consistir en un análisis sólo del significado acerca del término derecho, como lo planteó originalmente Hart.

De esta forma, una teoría del derecho que considera que es posible desde el punto de vista teórico, debe ser la clarificación de (algunas de) las propiedades esenciales del derecho, por eso tuvo que explorar los vínculos entre conceptos y propiedades esenciales. El hecho de que existan diferentes conceptos se explica por la diferencia entre las condiciones mínimas de su posesión, por eso, se puede explicar "cómo las personas que comparten un concepto pueden desacordar sobre la explicación correcta del mismo".<sup>45</sup>

Para llegar a ello, los conceptos deben ser explicados estableciendo los estándares que gobiernan su correcto uso, mismos que nos permiten distinguir entre una aplicación correcta e incorrecta. Hay dos maneras de observar esos estándares, el primero de ellos, por lo que se refiere a la condición mínima para la posesión de un concepto, lo que demuestra que uno puede poseer el concepto, aunque pueda no tener una buena comprensión del mismo. El segundo estándar establece el dominio completo del concepto.

El dominio de un concepto implica el conocimiento implícito de los estándares que gobiernan su uso y aplicación, pero no requiere un conocimiento explícito de ellos, ni de que uno los conoce. Así, hay personas que poseen el concepto y que no están de acuerdo sobre las condiciones mínimas para su uso correcto, pues mientras lo conoce, puede no conocer qué es lo que conoce.

Estas consideraciones metodológicas fueron el concepto principal del artículo original y que no fueron tomadas en cuenta por Bulygin y Alexy, que en cambio sí controvierten la relación que hay entre conceptos y propiedades.

<sup>45</sup> *Op. cit.*, "Teoría y conceptos. Réplica a Alexy y Bulygin", p. 113.

Respondiendo al maestro alemán, dice que no se detendrá mucho en su comentario "principalmente porque no le entiende".<sup>46</sup> Pero al parecer, se centra en dos puntos, el primero de ellos es que se debe preferir el concepto que mejor capture los rasgos esenciales del derecho, sobre las alternativas posibles. El segundo de ellos es que da argumentos sobre las circunstancias en que el concepto del derecho es parte del sistema jurídico.

Apunta Raz que los conceptos jurídicos son empleados para expresar el contenido de normas jurídicas y sus aplicaciones, pero eso no se puede llevar al extremo de que el concepto del derecho u otros conceptos sean parte del derecho, ya que "el derecho, tal como ambos lo entendemos, es un sistema normativo, y las partes de un sistema normativo son reglas, estándares, normas y demás, pero no conceptos".<sup>47</sup>

Si lo que quería apuntar es que la filosofía del derecho es una actividad distinta tanto de la doctrina jurídica como de la aplicación del derecho y que, por lo tanto, sus conclusiones no son parte del derecho, este punto no tiene ninguna relación con la consideración de que el concepto del derecho sea parte de un sistema jurídico.

Si bien es cierto que el derecho tiene rasgos esenciales que todo concepto debe intentar capturar, pero que puede fracasar en su misión, si hay un concepto que no "captura" esos rasgos esenciales, no debe ser el concepto del derecho que debemos establecer.

Por lo que se refiere a lo señalado por Bulygin, considera que no hay ningún desacuerdo fundamental con él, ya que dice que con respecto a su postura, las propiedades son de las cosas, de los objetos y en un segundo lugar de las propias propiedades y sus relaciones, etc., de tal manera que "derecho" es la propiedad de un objeto. En ese sentido, ser derecho, es la propiedad de un objeto que, como lo apunta Bulygin, es un sistema normativo.

No todos los sistemas normativos son jurídicos, algunos lo son, de tal forma que decir derecho como una propiedad es estar respaldado por funciones, siendo ésta su propiedad esencial, por lo que necesariamente cualquier cosa que tiene la propiedad de ser derecho "también tiene la propiedad de estar respaldado por sanciones".<sup>48</sup>

<sup>46</sup> *Op. cit.*, p. 114.

<sup>47</sup> *Op. cit.*, Loc. Cit.

<sup>48</sup> *Op. cit.*, 116.

Lo anterior nos lleva a que las propiedades esenciales lo son para la preservación de la identidad de una cosa, de tal forma que éstas tienen identidad en virtud de sus propiedades.

Sin embargo, considera Raz que Bulygin no lo comprendió bien, ya que apunta que ninguna propiedad de una cosa resulta esencial. Es cierto que identificamos una clase con propiedades esenciales utilizando conceptos, pero esto no nos puede llevar al extremo de negar que no hay propiedades esenciales independientes de los conceptos, ya que sería tanto como decir que si no tenemos el concepto de molécula o inflación éstas no tendrían propiedades esenciales.

Por el contrario, el contar con conceptos nos permite pensar acerca de los objetos a los que nos remite, pero el hecho de que poseamos o no un concepto no cambia de ninguna forma las cosas a las que se les aplica.

Existe cierta categoría de cosas como las sociales, que no pueden existir sin su concepto, por ejemplo, el matrimonio, pero esto no nos lleva a una conclusión como lo pretende Bulygin de que las cosas requieran de los conceptos, sino que "las cosas pertenecen a distintas clases, y, en la mayoría de los casos, tienen la naturaleza que tienen independientemente de si tenemos conceptos que nos permiten referirnos a ellas".<sup>49</sup>

También considera que Bulygin está equivocado al considerarlo como esencialista, lo que denota el que se pretenda afirmar que algunos sustantivos son "designadores rígidos", esto es que su significado está determinado por el modo en que la realidad está dividida, de tal forma que, por ejemplo, términos de clase natural los identificamos con una cierta sustancia señalando una instancia de ellas y la bautizamos como "oro", de ahí en adelante ese término siempre significará esa sustancia, de tal forma que las fronteras entre el concepto y la sustancia son fijadas por el mundo, no por las personas que la piensan.

Sin embargo, no sucede así con el derecho, ya que no todas las palabras se utilizan para designar a esa clase natural, por lo que el derecho no puede ser un designador rígido.

En otro aspecto, sí existe un desacuerdo fundamental con Bulygin, ya que para éste pueden existir muchos conceptos diferentes acerca del derecho, ya que es fiel a la tradición del positivismo lógico, que con-

<sup>49</sup> *Op. cit.*, Loc. Cit.

sidera a este concepto de la manera como se entienden los conceptos científicos, ya que la tradición analítica llama el proceso que conduce de un concepto a otro mejor, explicación o reconstrucción racional, de tal forma que las diferentes teorías del derecho se esfuerzan por formular un concepto más exacto y aprobado.

Pero esta forma de entender a los conceptos científicos, considera Raz no es apropiado para el derecho, o para cualquier otro término usado por la población para referirse a su propia situación y de las personas que le rodean.

Las moléculas y los tigres no usan conceptos. Nosotros usamos conceptos para permitirnos expresar nuestras ideas sobre ellos, y nuestro conocimiento de ellos... Consideramos que el concepto es lo que quiera que es en las manos de la comunidad científica, trabajando en el área en cuestión. Las cosas son diferentes con conceptos sociales como los conceptos de regalo, propiedad, matrimonio, derecho, derechos, deberes, que son usados por todos para entenderse a sí mismos y a los otros, y para entender su posición en el mundo. Estos conceptos no son meramente herramientas de comprensión, son parte de lo que moldea el mundo social que estamos tratando de comprender. Ello, los conceptos mismos son los que estamos tratando de entender; no son herramienta de explicación.<sup>50</sup>

De tal forma, esos conceptos no podemos cambiarlos a voluntad, ya que de igual forma, estaríamos modificando la realidad que queremos comprender. Así, ese cambio no sería una explicación de la realidad y lo que mostraría es el fracaso en nuestra comprensión.

Raz considera que el derecho cambia, muchas veces debido a la acción deliberada en el tiempo. Las explicaciones sobre ese cambio son desafiantes y controvertidas. Sin embargo, eso no sucede con las teorías del derecho, ya que nuevas teorías surgirán en cualquier momento y las que tenemos siempre serán controvertidas. La academia contemporánea cultiva el cambio por el cambio mismo, la existencia de controversias sobre qué teoría es la correcta o no, es mencionada como una nota desfavorable.

La persistencia en el desacuerdo sobre lo que constituye el derecho es muchas veces considerada como prueba ineludible de que nunca se logrará una respuesta satisfactoria. Toda ciencia se apoya en una

<sup>50</sup> *Op. cit.*, pp. 119 y 120.

metodología que requiere el acuerdo de la comunidad científica que permita su progreso.

Sin embargo, las teorías filosóficas sobre el derecho no resuelven nada ni demandan acuerdo. "Esto hace que el progreso sea imposible. Uno no puede apoyarse en cimientos seguros establecidos por teóricos anteriores. Uno siempre está empezando de cero. ¿Acaso eso no muestra que la empresa es defectuosa y fútil?"<sup>51</sup>

Enfatiza Raz que su artículo intentó entre otras cosas, el dar una explicación del por qué la teoría del derecho siempre cambia y continuará cambiando, sin embargo, esto no pone en duda la legitimidad de ninguna teoría, sólo intentó mostrar que pos la naturaleza del derecho nunca habrá una teoría definitiva, ya que la tarea de explicar lo que es el derecho es una tarea sin fin, que sin embargo los pasos que se tomen en ese sentido deben ser objetivos y sujetos a una evaluación para ver si son verdaderos o falso, exitosos o no. Su artículo intentó mostrar este punto conectando sólo teoría y concepto, mostrando la conexión entre teoría y concepto del derecho. De esta forma su postura fue:

...la parte de la filosofía del derecho de la que me ocupé es la explicación de lo que el derecho es o, dicho de otra manera, la explicación de la naturaleza del derecho. Sugerí que, con algunas diferencias importantes, una explicación de la naturaleza del derecho es también una explicación del concepto del derecho. Esto establece el vínculo deseado entre teoría y concepto.<sup>52</sup>

Lo anterior permite, según Raz, explicar por qué los inevitables factores que hacen posible la persistencia permanente de desacuerdos sobre la corrección de las explicaciones sobre la naturaleza del derecho, debidos en primer lugar, a que el derecho cambia en el tiempo, llevando con ello, la necesidad de dar explicaciones diferentes. También los intereses de la gente y su sentido de perplejidad cambian con el tiempo, debido principalmente a aspectos culturales, lo que trae como consecuencia el cambio en otros conceptos, que llevan a su vez a nuevas preguntas sobre las relaciones entre el concepto y otros derechos, por lo que surge de nueva cuenta, la necesidad de

<sup>51</sup> Raz, *op. cit.*, pp. 111 y 112.

<sup>52</sup> *Op. cit.*, p. 112.

nuevas explicaciones del derecho, esto nos explica por qué la pregunta sobre lo que es el derecho constituye una empresa filosófica que no tiene fin.

## VII. COMENTARIOS FINALES

La discusión sobre la posibilidad de una teoría del derecho y si ésta es universal o local, que han planteado los autores citados, no ha terminado, y seguramente continuarán apareciendo artículos en donde expliquen, desarrollen o modifiquen sus posturas. Posiblemente, como lo vaticina Raz, nunca los abogados podrán ponerse de acuerdo sobre el significado del derecho y que su labor de conceptualización constituye una tarea sin fin, como la historia lo ha mostrado, parte de ello, por su carácter cambiante, y parte, por la dificultad de poder llegar a un acuerdo sobre lo que constituyen las "*propiedades esenciales*" que lo identifican.

De hecho, otros autores han seguido con el debate, por ejemplo, el artículo que publicó el profesor Dworkin y recogido en su última obra, *La justicia en toga*, donde critica la postura del profesor Raz y matiza su concepción sobre la ciencia del derecho, y su carácter local.<sup>53</sup> Sin duda, el problema del concepto del derecho constituye uno de los temas actuales en la teoría general del derecho, y lo continuará siendo en el futuro.

Por otro lado, esta discusión se está viendo enriquecida con las nuevas teorías que sobre la naturaleza de los conceptos están surgiendo dentro de la filosofía y la teoría de la ciencia. De hecho, podemos decir que el artículo del profesor Raz es un intento por poner al día su concepción del derecho, a la luz de estas nuevas corrientes que han surgido sobre la realidad de los conceptos y su ubicación en el mundo, para contrarrestar las concepciones "*hermenéuticas*", subjetivistas o relativistas que también han aparecido, postura que ha criticado el maestro Bulygin, con base en una concepción positivista tradicional de la ciencia.

Sin embargo, es revelador que los tres autores comentados coinciden con la posibilidad de que el derecho pueda ser objeto de una verdadera ciencia, que permita arrojar resultados objetivos, universales

<sup>53</sup> Véase al respecto la nota de pie de página núm. 17.

(no locales, como lo señala Dworkin) y con pretensión de veracidad. También, que la mejor teoría es aquella que resuelve de mejor manera los problemas que intenta resolver.

El problema subyace cuando se plantea el tipo de ciencia que debe erigirse, sobre si debe ser en un plano analítico o conceptual; fáctico, referido a las instituciones; o también debe ser una herramienta normativa que guíe a los abogados a la solución de sus problemas. Si bien se coincide en que la ciencia jurídica debe cumplir con su tarea descriptiva de los fenómenos que intenta explicar, esa coincidencia no se da, si además debe cumplir con una misión normativa que nos guíe en la manera en que deban resolverse los problemas prácticos, no como una consecuencia de esa actividad, sino como una característica misma de la ciencia, como lo apunta Alexy, al considerarlo como una nota esencial del concepto de derecho.

De cualquier manera, queda claro, como lo señala el profesor Raz, que para construir una verdadera ciencia, no sólo es importante tener en cuenta los hechos observables, sino también, lo que las personas consideran como derecho. Es decir, es necesario, si se quiere tener una adecuada idea del concepto en estudio, tomar en cuenta su aspecto interno, que sin duda hará que se modifique constantemente nuestra percepción acerca de lo que es o no es ese concepto.

Ese aspecto interno es el más importante, al momento de elaborar un concepto cultural como lo es el derecho, ya que lo que las personas consideran que debe estar incluido en él, será relevante para su conceptualización.

Por ello, acertadamente el profesor Raz enfatiza la idea de que el derecho cambia con el tiempo, debido precisamente a la actitud de las personas frente a ese término, así como los requerimientos y necesidades que exigen de él. Ya Radbruch había apuntado que la ciencia jurídica tenía que repensarse de tiempo en tiempo, con base en esas necesidades e inquietudes, lo que lleva a que constantemente estemos reformulando y repensando el concepto del derecho, que debe ser el aplicable en cada época, de acuerdo con las necesidades culturales que se presenten, por ello, la tarea de la ciencia jurídica no tiene fin, como concluye el maestro Raz.

La posibilidad de hablar de una auténtica naturaleza del derecho, que tanto molesta a Bulygin, no está peleada con nuestra concepción moderna de ciencia, siempre y cuando vaya referida a auténticos

elementos objetivos que conforman al derecho, de los cuales depende la idea que tengamos acerca de él, no sólo por el aspecto interno comentado, sino también porque resulta un concepto cultural y, por lo tanto, producto de los hombres, Pretender que esa naturaleza es ajena e independiente del hombre es un error y, en este sentido, coincido con el maestro argentino.

Otro resultado del debate es que para estudiar la idea del derecho no basta el estudio de su término, ni la manera en que los hombres la utilizan, como constituía uno de los postulados del positivismo analítico, sino que es necesario tomar en cuenta también, la realidad en que se aplica. En ello los tres autores están de acuerdo.

Por último, resulta relevante que si bien una teoría del derecho no forma parte del sistema jurídico y por ello no es una norma, sí puede servir para resolver los problemas relevantes que se presentan en el derecho, por lo que sin duda pueden constituir una fuente importante de ese sistema, sin que pierda su carácter instrumental de conocimiento acerca del fenómeno jurídico.

Espero que el debate que se ha iniciado y al que me he referido en líneas anteriores, siga no sólo en el extranjero, sino también los tratadistas de nuestro país intervengan en él y logren dar luces sobre la mejor manera de resolverlo.