

## LA TEORÍA DEL DERECHO DE JOSEPH RAZ: ¿UN ESENCIALISMO CIENTIFICISTA INSUFICIENTE? \*

JOSEPH RAZ'S LEGAL THEORY: AN INSUFFICIENT SCIENTISTIC ESSENTIALISM?

Nicolás López Pérez \*\*

**Resumen:** El presente trabajo tiene por finalidad analizar, desde la óptica de la teoría jurídica analítica, algunos rudimentos metodológicos sobre el concepto y la naturaleza del derecho. Para ello se ha dispuesto fraccionar este estudio en tres ejes. En primer lugar, se abordarán las discusiones eruditas con literatura relacionada acerca de la disputa ontológica sobre el derecho en la tradición analítica. En segundo lugar, se evaluará críticamente la tesis de Joseph Raz respecto de la teoría del derecho, mediante el peso de su valor epistémico. En tercer lugar, se dilucidará la insuficiencia de la propuesta raziana para teorizar al derecho, a través de la propuesta de un entendimiento puro y formal del concepto de la naturaleza del derecho. El énfasis estará puesto en los textos de Raz.

**Abstract:** This paper will analyze, from the perspective of analytical legal theory, some methodological rudiments on the concept and the nature of law. For this, the study will be divided into three parts. Firstly, scholarly discussions will be addressed with related literature about the ontological dispute of the law in the analytical tradition. Secondly, Joseph Raz's thesis on legal theory will be critically evaluated, from the point of view of its epistemic value. Thirdly, the insufficiency of the razian proposal to theorize the law through a pure formal understanding on the concept of the nature of law will be clarified. The research will give emphasis to the texts of Raz.

**Palabras clave:** Esencialismo, Teoría del Derecho, Joseph Raz, filosofía analítica, análisis conceptual.

**Key words:** Essentialism, Legal theory, Joseph Raz, Analytic philosophy, Conceptual analysis.

**Fecha de recepción:** 17-09-2013

**Fecha de aceptación:** 4-11-2013

*Names and attributes must be accommodated to the  
essence of things and not the essence to the names,  
since things come first and names afterwards.*

Galileo Galilei

---

\* Una versión anterior de este trabajo fue desarrollada en el Taller de Memoria "Tradición analítica de la filosofía del derecho" dictado en el semestre primavera 2012 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile por el Prof. Esteban Pereira Fredes, de quien agradezco las observaciones y primeros comentarios. También congratulo las conversaciones sobre este tema con el Dr. M. E. Orellana Benado y parte del equipo docente de la cátedra de Filosofía Moral de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. *Last but not least*, agradezco los comentarios y observaciones de uno de los evaluadores anónimos de la RTFD que enriquecieron de muy buena manera este trabajo. Impericias e imperfecciones que persistan son de mi autoría. Correspondencia a: nicolopez@ug.uchile.cl

\*\* Ayudante del Departamento de Ciencias del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

## 1. INTRODUCCIÓN

El pensamiento jurídico históricamente se ha visto afectado por las diversas vicisitudes sociales que han alterado las formas de entender al derecho. Sin embargo, ha sido común que su estudio se centre en “elevar el mero conocimiento técnico del derecho al rango de saber teórico...”<sup>1</sup>. La teorización es inherente a lo jurídico y se identifica con el conjunto de prácticas que integran la institución social, ya que se va a pensar en un concepto para nombrar y describir. Esto da lugar a preguntas como: qué es el derecho; por qué existe; cuál es la naturaleza del mismo; cuál es el concepto que subyace a la naturaleza del derecho; entre otras. Con dichos interrogantes opera la dicotomía entre *concepto* y *naturaleza* del derecho, problematizada por Joseph Raz en su artículo “¿Puede haber una teoría del derecho?”<sup>2</sup>, cuyo argumento será contextualizado en la disputa sobre los métodos y propósitos de la teoría del derecho en el apartado primero de este trabajo. Sobre la exposición de la tesis raziana, propondré que es, en cierta medida, continuadora de la empresa científicista que se multiplica desde el polo de la tradición analítica en filosofía con los trabajos de Frege y Russell paladines de esa concepción.

El científicismo afirma que la filosofía es continua con la ciencia y en base a ello, busca el establecimiento de un lenguaje lógico que sea perfecto para responder todas las preguntas que surjan en la naturaleza y que la veracidad de las respuestas sea susceptible de comprobación a partir de la experimentación o la verificación de las hipótesis expresadas. Esta corriente se manifiesta en el siglo XX, fundamentalmente en el Círculo de Viena en clave de “positivismo lógico”. Estas reuniones eruditas fortalecerían la referida postura filosófica que perduraría buena parte de la segunda centuria para ulteriormente ser superada por el naturalismo y el pragmatismo<sup>3</sup>. Los contertulios, fundamentalmente físicos y matemáticos se apoyarían en el ideal de Comte de lograr una ciencia unificada a partir de una concepción científica del mundo<sup>4</sup> que consiste en que el progreso filosófico está sujeto al rigor que provee la lógica de los cuantificadores y variables con la finalidad de disuadir de abordar los problemas filosóficos que no sean genuinos restringiendo el objeto de la filosofía a los problemas que tengan origen en el lenguaje científico y que puedan ser sometidos al microscopio del principio de verificación: si la verdad

<sup>1</sup> Millas, J., *Filosofía del Derecho*, Santiago de Chile: Ediciones UDP, 2012, p. 94

<sup>2</sup> Ensayo que data de 2004, *Can There be a Theory of Law?*. Véase edición en español que será utilizada en este trabajo, en: Raz, J., “¿Puede haber una teoría del derecho?”, en *Del mismo et al, Una Discusión sobre la Teoría del Derecho* (trad. de Rodrigo Sánchez), Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 47-98.

<sup>3</sup> Particularmente, también se aprecia en los vuelcos filosóficos de muchos eruditos en la tradición, por ejemplo, el giro conceptual de Wittgenstein entre sus dos grandes obras: el *Tractatus* y las *Investigaciones*. O en que los discípulos de los eruditos de la segunda mitad del siglo XX sigan otras maneras de hacer filosofía, lo que ocurre con W. V. Quine, Hilary Putnam y Saul Kripke, los dos últimos alumnos del primero.

<sup>4</sup> Círculo de Viena, “La Concepción Científica del mundo: El Círculo de Viena”, *REDES, Revista de Estudios sobre la Ciencia y la Tecnología*, Vol. 9, N°18, 2002, pp. 103-50.

de una proposición puede responderse empíricamente o a partir de operaciones lógicas posee sentido y es una inquietud genuina; de lo contrario, resulta ser un pseudoproblema, parte de la metafísica o carente de interés filosófico. Ese fanatismo por las certezas pasadas por un tamiz de rigor se extendería a la manera de pensar al fenómeno jurídico, donde en la primera mitad del siglo XX (o si se cree mejor, en la concepción pre-Hart) se observarían dos intentos por conceptualizar al derecho, uno directo y uno indirecto. El directo, se refiere a la postura de Kelsen en su *Reine Rechtslehre* de 1934 que establecía una axiomatización de las normas a través de fórmulas lógicas. El indirecto, de la mano de Ross con su concepto del derecho vigente, establecido en su obra *On Law and Justice* que data de 1959, pero que fue publicado en 1953 en danés, bajo el título de *Om Ret og Retfærdighed*<sup>5</sup>.

Esos arquetipos del fenómeno jurídico se vieron confrontados por *The Concept of Law* de 1961 de H. L. A. Hart, el adalid del lenguaje cotidiano en el plano de la filosofía jurídica que proponía el método del análisis conceptual para dar cuenta del derecho, su ontología y su contenido en sí. Sobre la filosofía de P. F. Strawson, las *Philosophische Untersuchungen* (1953) de Wittgenstein, los trabajos de Paul Grice y las conferencias de J. L. Austin que conjugan que es posible hacer una multiplicidad de cosas con el lenguaje, Hart asimiló el derecho a la normación de conductas. El análisis conceptual se refiere a la descomposición de una cuestión en sus partes constitutivas. Aunque una crítica asentada en relación con el referido planteamiento es la vaguedad consustancial al lenguaje ordinario, aspecto este que dificultaría o afectaría para la descripción del derecho; cuestión ésta que, no obstante y según Raz, puede resolverse porque los conceptos pueden ser fijados y no habría lugar para equívocos respecto de los usos en relación con 'las propiedades esenciales' que debe tener todo concepto. Una tesis que vendrá a precisar insumos para la elucubración de cualquier enunciado lingüístico que ostente ser derecho y así, lo defina.

Tomando como punto de partida este planteamiento, el acápite dos tendrá por objeto retratar la genealogía del problema conceptual en teoría del derecho que Raz viene a encarar con su postura en el artículo antes nombrado. La sección posterior, sin embargo, identificará la insuficiencia epistémica del argumento de Raz en dos fases: en primer lugar, señalando que existen ámbitos que no pueden ser cubiertos con certezas absolutas y que además se trataría de una pretensión que excluye a la diversidad de formas de vida y de lo que es posible llamar derecho. Y en una segunda fase, poniendo de relieve que es posible no recurrir al argumento esencialista de Raz con aspiraciones universales para definir al derecho, puesto que dentro del encuentro de diferentes maneras de "pensar" y "hacer" los conceptos, existe una diversidad valorativa; e incluso más, cabría entender que el derecho es un asunto filosófico (en el sentido de Berlin)<sup>6</sup> que no admite una sola respuesta correcta. Desde esta

---

<sup>5</sup> Cfr. Evald, J., *Alf Ross: et liv*, Copenhagen: Jurist-og Økonomforbundets forlag, 2010; Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia* (trad. de Genaro Carrió), Buenos Aires: Eudeba, 1994.

<sup>6</sup> Véase Berlin, I., "La decadencia de las ideas utópicas de Occidente", en Del mismo, *El fuste torcido de la humanidad. Capítulos de historia de las ideas*, Barcelona: Península, 2002, pp. 67-107.

perspectiva, en el trabajo se pondrá de relieve que la tesis raziana de la distinción entre el concepto y la naturaleza de derecho puede seguir otras vías para “llegar a la verdad” o cuando menos, unas vías más adecuadas, particularmente dignas de respeto en virtud de la construcción de un *entendimiento puro y formal del concepto de la naturaleza del derecho* con características ahistóricas y aculturales, punto clave que desembocará en una postura conciliadora sobre las preguntas iniciales de la teoría.

## 2. DISCUSIÓN EN TEORÍA DEL DERECHO: EL CONCEPTO Y LA NATURALEZA DEL DERECHO

Joseph Raz en su artículo “¿Puede haber una teoría del derecho?”<sup>7</sup>, pone de relieve la importancia de la teoría del derecho tanto en su utilidad por la pregunta de su objeto de estudio como en el éxito de la formulación de tesis para abordar el análisis de la ontología del fenómeno jurídico. Es parte del valor epistémico de esta formulación raziana el que cuando una determinada teoría cumple ciertos parámetros puede ser exitosa, ¿y cómo puede serlo? En términos de ser “mejor” que sus rivales, explicando de manera certera lo que es el derecho. Para desentrañar la explicación, el israelí distingue en primer lugar, entre el concepto y entre la naturaleza del derecho. Dicha dicotomía se ve difusa al momento de darle contenido. Raz explica que ese espacio se satisface con las propiedades esenciales del concepto, o sea, lo que debe reunir para ser tal. Algo así como la teoría de las esencias de Aristóteles, que expone que las cosas son tales cuando tienen un rasgo que las hace ser tales. En el caso del derecho es su naturaleza. Sin embargo, en este acápite, retrataré, antes de entrar en el planteamiento de Raz, la genealogía del problema en la teoría del derecho desde que se entiende como tal, o sea, desde la publicación de H. L. A. Hart de *The Concept of Law* en 1961 y cómo desde allí evoluciona el debate hasta encontrarse con la propuesta esencialista que es objeto de este trabajo.

La publicación de Hart tuvo por meta proveer herramientas metodológicas al debate en teoría jurídica. El método que *The Concept of Law* expuso no tenía

---

También el oxoniense reconoce la distinción, a propósito del monismo característico de las preguntas formales y empíricas, que lo relaciona con la Ilustración en Berlin, I., “Primer ataque a la Ilustración”, en Del mismo, *Las raíces del romanticismo*, Madrid: Taurus, 2000, pp. 43-71; Andrade Moreno, M., *Historia, filosofía y diversidad valorativa en Isaiah Berlin*, Santiago de Chile: Tesis de pregrado. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009; Lilla, M., “Wolves and lambs”, en Dworkin, Ronald *et al* (eds.), *The Legacy of Isaiah Berlin*, Nueva York: New York Review of Books, pp. 31-42. La entrevista que se presenta en Magee, B., “Una introducción a la filosofía. Diálogo con Isaiah Berlin”, en Del mismo, *Los hombres detrás de las ideas*, México DF: FCE, 1993, pp. 17-35, puede ser útil para dilucidar cuestiones básicas en la distinción. En Chile, Orellana Benado llama “humanas”, donde hay una multiplicidad de soluciones igualmente válidas y que no tienen pretensión de verdad absoluta, lo que sí, es que debe existir un trato igualitario y respetuoso para con las que son proclives a la promoción de los valores de la naturaleza humana. Esto significa que se excluiría por ejemplo, una propuesta de derecho tras argumentos de coerción destructiva con sanciones que lesionan bienes jurídicos como la vida. Orellana Benado también conceptúa lo anterior como la “triple distinción” bajo la premisa de ordenar los asuntos que aquejan al lenguaje, en Orellana Benado, M. E., *Pluralismo: una ética del siglo XXI*, Santiago de Chile: Editorial Universidad de Santiago, 1996, pp. 20-5.

<sup>7</sup> Ver nota n.2

parangón en la materia<sup>8</sup>, pero sí podía considerarse que contaba con lo que Wittgenstein llama “parecido de familia”, como por ejemplo con *The Concept of Mind* de Gilbert Ryle. No fue un ensayo fundante, pues la filosofía jurídica anglosajona tenía sus albores en la denominada “escuela analítica” que se asoma con los trabajos de los juristas Jeremy Bentham (*Of Laws in General* de 1782<sup>9</sup>) y John Austin (*The Province of Jurisprudence Determined* de 1832). Será, en efecto, con la publicación de este último que se atisba el hito que conceptúa al derecho como la satisfacción de un deseo a partir de una obediencia debida temiendo una sanción en caso de contravención<sup>10</sup> o como lo expresa Hart en la fórmula: “órdenes respaldadas por amenazas”<sup>11</sup>. Y luego esta concepción imperativista del derecho se extiende en virtud de una especie de analogía con el positivismo lógico en su versión jurídica: el normativismo de Hans Kelsen con su *Reine Rechtslehre* de 1934 (reeditada en 1960) que intentó crear un concepto de derecho exento de la influencia de cualquier otra disciplina que pudiera embarazar o contaminar su correcto análisis. No obstante lo anterior, sería la obra de 1961 la que evolucionó de la mano de la filosofía del lenguaje. De esto se sacó provecho en el devenir de la teoría jurídica. De hecho, los planteamientos que sucedieron a los de este libro, intentarían apropiarse de su bagaje. En el caso de Raz de la escuela del lenguaje de Oxford en Strawson y J. L. Austin que informaban la teorización de Hart.

Es posible posicionar a Raz en la tradición analítica de la filosofía del derecho, pues su acercamiento a ella se origina tras su encuentro con Hart en una conferencia en la Universidad Hebrea de Jerusalén en los años 60. Este último reconocería, posteriormente, que Raz disparó contra puntos que él no había revisado en el razonamiento de su libro, siendo una de las razones por las que le instó a proseguir sus estudios de filosofía del derecho en Oxford University. En dicha institución, Raz se graduaría como Doctor en Filosofía (*DPhil.*) en 1967 en el Balliol College con una sobresaliente tesis supervisada por Hart. Luego de ello, se daría una relación de maestro-discípulo, que lo llevaría, junto a Penelope A. Bulloch, a la edición de la segunda edición de *The Concept of Law* en 1993, un año luego de la muerte de su autor. Con el consiguiente estudio de este libro, en 1994 en un artículo titulado *On the Nature of Law*, Raz propondría la distinción metodológica entre concepto y naturaleza del derecho, como dos términos distintos. Cuestión, por cierto, que Ronald Dworkin había atisbado anteriormente, en 1986, en los primeros capítulos de su *Law's Empire*<sup>12</sup>. No obstante, queda pendiente del análisis de la literatura relacionada cómo deba aparecer la idea de Raz en el mapa de la filosofía del derecho

---

<sup>8</sup> Algo de esto en López Pérez, N., “Genealogía de las discusiones en teoría jurídica analítica”, *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas* Vol 2, año 2, 2013, pp. 81-104.

<sup>9</sup> Cfr. Bentham, J., *Of Laws in General*, Londres: The Athlone Press, 1970.

<sup>10</sup> Austin, J., “Determinación del objeto de estudio de la teoría del derecho”, *Derecho y Humanidades*, Vol. 1 N°2, 1992, pp. 103-20

<sup>11</sup> Hart, H. L. A., *El Concepto de Derecho* (trad. de Genaro Carrió), Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977, p. 25.

<sup>12</sup> Dworkin, R., *Law's Empire*, Oxford: Hart Publishing, 1998. Sobre esto también, una síntesis en Dworkin, R. *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (MA): Harvard University Press, 2011, pp. 157-88.

contemporánea y asimismo, cómo la disputa conceptual sobre lo jurídico representa un tópico en la discusión o controversia iusfilosófica que no ha quedado concluso, pese a lo pretendido por Raz con su propuesta.

El estudio de *The Concept of Law* es crucial a la hora de elaborar nuevas propuestas alrededor del concepto, por dos motivos. Primero, es la figura que instala herramientas metodológicas para el análisis del fenómeno jurídico, relacionadas con la filosofía del lenguaje y el afán de superar a las pretensiones científicas sobre la cuantificación de las actividades humanas. Segundo, la tendencia inédita que siguió este trabajo al autodenominarse como un ensayo en *sociología descriptiva* y de *teoría (jurídica) analítica*<sup>13</sup>. Esto reside en 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). Siguiendo a Strawson, los conceptos cambian en toda óptica, desde el especialista hasta el pensar ordinario<sup>14</sup>. Sobre 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. Justamente en este sentido indica Bix que 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 situación<sup>15</sup>. La idea de lo descriptivo no caracteriza al derecho, pero 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 él. Sobre estas, se estructura el derecho como prácticas sociales y por tanto, enunciados lingüísticos<sup>16</sup>. Si se podía(n) “hacer cosas con palabras”, por qué no se podía “regular con palabras”, una premisa que Hart plasmaría gracias a los postulados de J. L. Austin, bajo los cuales, es posible hacer una multiplicidad de cosas con el lenguaje. El derecho con esto hace usufructo del análisis conceptual a partir del ímpetu filosófico nace en la tradición analítica. Pereira Fredes señala que el término o la expresión “análisis” se refiere a “descomponer algo en sus partes constituyentes”<sup>17</sup>, algo que, junto con la máxima de Austin según la cual

---

<sup>13</sup> *Ibíd.*, p. xi

<sup>14</sup> Strawson, P. F., *Individuos* (trad. de Alfonso García y Luis M. Valdés Villanueva), Madrid: Taurus, 1989, p. 14

<sup>15</sup> Bix, B., *Teoría del derecho: Ambición y límites* (Varios traductores), Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 18.

<sup>16</sup> *Cfr.* Tamayo y Salmorán, R., “H. L. A. Hart y la teoría jurídica analítica”, en Hart, H. L. A., *Post Scriptum al Concepto de Derecho*, México DF: UNAM, 2000, pp. xi-xxxv.

<sup>17</sup> Pereira Fredes, E., “La teoría del derecho como posibilidad. Reflexiones sobre la naturaleza y el concepto de derecho”, *Revista de Estudios de la Justicia* 14, 2012, p. 85.

“el lenguaje ordinario no es la última palabra, sino [...] la primera”<sup>18</sup>, crea una atmósfera argumentativa interesante.

*The Concept of Law* solo provee las herramientas para ir hacia esta la sociología descriptiva, algo que al escribir este libro lo veía como una certeza. Ello quiere decir que de la sola lectura de la *magnum opus* hartiana, un individuo puede distinguir entre situaciones, por ejemplo: decir por qué las personas habitualmente siguen a otras; por qué aceptan una determinada orden; por qué hay razones para la acción; por qué opera de una forma definida el sistema; y otras<sup>19</sup>.

Por otro lado, la teoría (jurídica) analítica busca no sólo esclarecer la estructura general del pensamiento jurídico –tal y como se ha señalado anteriormente–, sino sobre todo llevar a cabo dicha tarea con independencia o al margen de evaluación moral o política del Derecho, es decir, separadamente de la crítica del derecho o de la política jurídica<sup>20</sup>. El método descrito revela que el objetivo es reflexionar en torno al fenómeno normativo en cuanto tal y no sobre un sistema en particular. Por lo mismo, Hart indica a su teoría como eminentemente general y que no se circunscribe a un objeto en particular<sup>21</sup>. De hecho, es la pretensión de la idea de concepto del que Hart dispone para dar cuenta de una realidad al final del día y el apego a una tradición filosófica<sup>22</sup>, que es propio de la herramienta metafilosófica de *Tradiciones y concepciones en filosofía*<sup>23</sup>, por medio de la cual es posible ordenar los debates y controversias en la filosofía del siglo XX.

La teoría analítica del derecho y los herederos de Hart querrían descubrir o explicar la naturaleza del derecho<sup>24</sup>, siguiendo con el parámetro dejado por *The Concept of Law*, se potencia el interés por ir hacia esa idea transversal que *prima facie* subyace a cualquier concepto del derecho.

Tanto la pregunta por el “concepto” como por la “naturaleza” del Derecho comparten el debate alrededor de la pregunta “¿qué es el derecho?”. En este sentido, Dworkin dice que existen desacuerdos acerca de “lo que es Derecho” y

---

<sup>18</sup> Austin, J. L., “Un alegato en pro de las excusas”, en Del mismo, *Ensayos Filosóficos*, Madrid: Alianza, 1989, pp. 177.

<sup>19</sup> Sugarman, D. y Hart, H. L. A., “Hart Interviewed: H. L. A. Hart in Conversation with David Sugarman”, *Journal of Law and Society* Vol. 32, No. 2, 2005, pp. 289-92; Véase también McCormick, N., *H. L. A. Hart* (trad. de Juan Pérez), Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 81.

<sup>20</sup> De Páramo, J. R., *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 19.

<sup>21</sup> Hart, H. L. A., *Post Scriptum al concepto de derecho*, México DF: UNAM, 2000; Escudero, R. *Los Calificativos del Positivismo Jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid: Civitas, 2004.

<sup>22</sup> Sugarman y Hart, *op. cit.* (n.19), pp. 273- 75.

<sup>23</sup> Orellana Benado, M. E. “Tradiciones y concepciones en filosofía”, en Nudler, O. *Filosofía de la Filosofía. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Madrid: Trotta, 2010, pp. 49-78. Especial referencia a Glock, H. *What is Analytic Philosophy?*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

<sup>24</sup> Etcheverry, J. B., *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Granada: Comares, 2009, p. 14.

ello no implica introducir en la argumentación una dicotomía entre lo qué es el concepto y lo qué no es el concepto<sup>25</sup>. Por tanto, la idea de que de un particular se deduzca un universal es *a priori* una cuestión que requiere de un ejercicio inductivo que es difícil que surja de un análisis conceptual. Raz parte de la misma base, pero estima que es la naturaleza del derecho, a partir de la idea de las propiedades esenciales del mismo, aquello que permite dar cuenta de qué es Derecho, en términos intemporales.

El hecho de otorgar un concepto, esto es, una “noción general de un objeto”<sup>26</sup> puede admitir los siguientes objetivos: (i) buscar y explicar los usos lingüísticos; (ii) descubrir el significado de un concepto que subyace de nuestras prácticas institucionales; (iii) formular un criterio o estándar normativo el cual debe satisfacer la noción para que pueda ser aplicada<sup>27</sup>. Detrás de cualquiera de estos parámetros, se oculta la forma en que concebimos el efecto “sistematizador” que pretenda esa noción general. Es más, la empresa hartiana ostenta la idea de (i) y (ii)<sup>28</sup>.

En la concepción de Hart –tal y como sostiene Pereira Fredes– no queda demasiado claro si su objetivo es suministrar *el* concepto de derecho o simplemente proporcionar *un* concepto de derecho. Lo primero sería reconocer que la conceptualización en torno a lo jurídico es un esfuerzo teórico que busca otorgar una noción general con pretensiones (y caracteres) de universalidad y necesidad. No así lo segundo, pues implicaría la existencia de *más* conceptos de derecho, lo que reconduciría la fijación en una cuestión meramente contingente<sup>29</sup>. Aunque, considerando a lo planteado acerca del carácter de sociología descriptiva, el mismo Hart podría afirmar que su trabajo está diseñado –y negando lo que ha trabajado a lo largo de la obra– para ofrecer elementos para *el* concepto de derecho<sup>30</sup>. Quizás la formulación de este, pueda ser un paso cercano a sus aspiraciones de alcanzar *el fin* de la filosofía del derecho, vale decir, de lograr un entendimiento general y sistemático de su objeto de estudio. Según Dickson, esa es la naturaleza del derecho, más es eso lo que interesa a la teoría analítica<sup>31</sup>. ¿Y si se intenta, a través de esta interpretación, conciliar la obra de Hart con la teoría de Raz? Dicho de otro modo, ¿el ofrecer elementos no viene a ser lo mismo que la idea raziana de las propiedades esenciales del derecho, esto es, su naturaleza?

<sup>25</sup> Dworkin, *Law's Empire...* *op. cit.*, pp. 3-4.

<sup>26</sup> *The Concise Oxford Dictionary of Current English* (2011), Décima edición, Oxford: Oxford University Press, p. 209.

<sup>27</sup> Bix, *op. cit.* (n.15), pp. 33-8.

<sup>28</sup> No así Dworkin, que puede situarse en (iii), aunque si se abstrae a la teoría de la adjudicación del oxoniense, sería posible aplicar el criterio que le falta. Empero, a Raz le es indiferente este esquema planteado por Bix

<sup>29</sup> Pereira Fredes, *op. cit.* (n.17), pp. 86-7.

<sup>30</sup> Véanse las últimas páginas de Sugarman y Hart, *op. cit.* (n.19).

<sup>31</sup> Dickson, J., *Evaluación en la Teoría del Derecho* (trad. de Juan Vega), México DF: UNAM, 2006, p. 21.



La discusión se inclina hacia la metodología y los propósitos de la teoría del derecho. Hart enfatizando que el contenido valorativo es prescindible para entregar un concepto<sup>32</sup>. Dickson, que se suma a la controversia, defendiendo la evaluación e intentando dilucidar qué es lo que requiere una teoría del derecho para ser exitosa. La misma reflexión, pero en torno a la posibilidad de verla como empresa epistémica sustentable subyace en las tesis de Raz y en la de Pereira Fredes.

La idea de jugar con los conceptos implica dos cosas adicionales: cómo se concibe al mundo y qué ocurre con la significación que entregan las palabras por las cuales son exteriorizados y sus correlatos individuales, a ello se suman la naturaleza de las cosas a las que se aplican. Raz a propósito del estudio de los conceptos supone dos cosas: (a) que se pueden explicar lo que son, explicando qué es tenerlos y comprenderlos; (b) difieren entre sí por la información requerida para tenerlos y entenderlos, y por las destrezas y habilidades involucradas en su posesión<sup>33</sup>. Ello solamente está imbricado con un ejercicio reflexivo, ahora bien, Raz piensa en la noción de esencia de Aristóteles, es decir, aquello que una cosa necesita para ser tal, lo que le da identidad y que sin ella, pasa a ser otra cosa. Agrega el israelí, “el conocimiento completo del concepto (...) consiste en el conocimiento y comprensión de todas las propiedades esenciales de...”<sup>34</sup>, luego son patrones generales que debe contener toda formulación para referir un objeto. El análisis conceptual queda constreñido por tanto a lo que es la unidad en sí y no cómo es posible elucubrarla. Por tanto, los conceptos requieren de condiciones mínimas para su dominio y también, para poseerlos. Con ello, el individuo se apropia del relato y lo hace propio, esto en el caso de que desee dar *su* concepto de derecho. Lo anterior sería válido si se ciñe al estricto respeto de los patrones.

Hart en la idea de ofrecer *el* concepto de derecho incurre en el error de la pretensión general, ya que claramente dicha noción estaba orientada a un sistema y una realidad determinada; un sistema y una realidad socialmente elaborados. En esta perspectiva no es más de una verdad contingente acerca de lo que su teoría informa. Raz lo reafirma cuando explica que obedece a una lógica contextual que se sitúa en un tiempo y espacio determinado, puesto que da cuenta de dos aspectos estructurales como lo son lo cultural y lo histórico<sup>35</sup>. Ello quiere decir directamente que puede existir *más de un* concepto de derecho. Y que quizás lo obrado por Hart en 1961 no es más que otro intento por definir al fenómeno jurídico.

La controversia parece acotarse a la dicotomía concepto y naturaleza del derecho, lo que se conjuga en el éxito de la actividad epistémica de la filosofía

---

<sup>32</sup> Orrego Sánchez, C., H. L. A. Hart. *Abogado del positivismo jurídico*, Pamplona: EUNSA, 1997, p. 114.

<sup>33</sup> Raz, *op. cit.* (n.2), p. 51

<sup>34</sup> *Ibíd.*, p. 52.

<sup>35</sup> Raz, J., “Two Views of the Nature of the Theory of Law. A Partial Comparison”, en Del mismo, *Between Authority and Interpretation*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 85.

jurídica<sup>36</sup>, ya que puede permitir un mejor entendimiento de las sociedades a propósito de lo que es el derecho, su funcionalidad y la pregunta por su existencia. Ahora, si se sigue a Raz, el camino es por la naturaleza del derecho y esto, porque la idea de elementos *sine qua non* de cómo entenderlo subyace al entendimiento mismo.

Raz establece que los conceptos tienen cuatro partes, a saber: (1) los rasgos esenciales de la cosa de la cual es un concepto; (2) la explicación de la comprensión involucrada en el completo dominio de un concepto; (3) la explicación de las condiciones para la *posesión mínima* de un concepto; (4) las capacidades requeridas para la *posesión mínima* de un concepto<sup>37</sup>.

En toda su conceptualización está involucrada la idea de qué cualidades debe tener, entonces de ello se blinda. Raz identifica ello como la naturaleza de ese objeto, lo que se debe estudiar. En el derecho ocurre con las propiedades esenciales y que se definen como características universales del derecho que “deben ser encontradas en (él) dondequiera y cuando quiera que exista”<sup>38</sup>, la idea de la intemporalidad que afirmé anteriormente. Esto es importante, porque cabe que en la sociedad las personas comiencen indistintamente a realizar la labor hartiana en tanto es *el* o bien, *un* concepto de derecho. Lo que derivaría en muchos conceptos de derecho y nuevamente, el campo argumentativo se dicotomiza y se barren hacia un lado los que son concepto y los que no lo son. O peor aún, una triple distinción de falencias en torno a ello: comprensión incompleta, posibilidad de comisión de errores y de lleno, errores en identidad(es)<sup>39</sup>.

El afán por ofrecer una solución como la que a simple vista muestra Hart, queda reducido a esta idea. Para Raz, la naturaleza del derecho parece ser más relevante que el concepto de este último, puesto que la reflexión del derecho podría resultar una cuestión epistémica fructífera y llena de premisas que pueden otorgar respuestas (y certezas, si se quiere). El hecho de comprender esto, implica colocar límites al conocimiento de lo que es el derecho, lo que simboliza y de alguna manera, fijar el canon de identidad filosófica que posee en sí mismo.

En el fondo, buscar la universalidad de la naturaleza del derecho entrega un resguardo que la vaguedad del lenguaje ordinario no otorga, es más, existen muchas acepciones sobre la palabra derecho tanto en el español como en otro idioma. Por ejemplo, hay lenguas foráneas como el inglés que tienen dos palabras para decir “derecho” en dos sentidos diferentes: *law* y *right*<sup>40</sup>. Por lo que la pretensión de un lenguaje ideal se pierde y el hecho de que individuos que estén sujetos a esas condiciones, elaboren unidades intelectuales sin tener

<sup>36</sup> Pereira Fredes, *op. cit.* (n.17), p. 91.

<sup>37</sup> Raz, *op. cit.* (n.2), p. 53

<sup>38</sup> *Ibíd.*, p. 57

<sup>39</sup> *Ibíd.*, p. 56

<sup>40</sup> Un argumento a favor de la vaguedad (jurídica) en Endicott, T. A. O., *Vagueness in Law*, Oxford: Oxford University Press, 2000.

un cortafuegos que permita disuadir entre qué es derecho (semánticamente) y que no lo es, ocasiona una lógica de la ciudad de Dios. La naturaleza del derecho al final del día, viene a ser la idea de un “contenido mínimo” de *el* concepto y evidentemente de *un* concepto. Sin embargo, ¿es necesario optar por alguno?

### 3. LA INSUFICIENCIA EPISTÉMICA DE TESIS DE RAZ SOBRE LA DICOTOMÍA ENTRE NATURALEZA DEL DERECHO Y CONCEPTO DE DERECHO

Tal y como se infiere del apartado anterior, Raz recurre a una propuesta que puede verse vinculada al esencialismo epistémico cuando distingue entre el concepto de derecho y la naturaleza del derecho como cuestiones independientes. Un ejercicio que – por lo demás- no llevaron a cabo otros autores que, no obstante, no renunciaban a la exactitud en la teorización a propósito del fenómeno jurídico. Me refiero concretamente a las teorías de Kelsen y Ross. Tampoco lo hizo Hart, a quien se dirige la crítica en primer lugar.

En efecto, se considera a Raz como un esencialista en la medida en que resalta la importancia de ciertas condiciones mínimas o esenciales para elucubrar correctamente un concepto, esto es, su método consiste en fijar un parámetro rígido para axiomatizar el resto de los conceptos que vayan a existir, de forma que se uniformen los entendimientos acerca de una cosa. Ello puede ser evidencia de querer un establecimiento de un lenguaje ideal en el que, por ejemplo, cada concepto de derecho tenga en sí un elemento que comparta con todos los otros, negando así, la diversidad<sup>41</sup>.

Sobre la naturaleza de una cosa, Raz insiste en que consiste en “las cualidades o propiedades esenciales de una cosa; la combinación inherente e inseparable de propiedades que esencialmente pertenecen a algo, y que *le dan su carácter fundamental*”<sup>42</sup>. En relación con el Derecho, agrega el autor, que sus propiedades esenciales son “características universales”<sup>43</sup> presentes u observables en el mismo. Raz también niega que la explicación de la naturaleza del derecho pueda ser llevada a cabo a través de los usos del término, puesto que a lo largo de la historia pueden sucederse y no guardar coherencia entre sí, si no coinciden en lo que es determinado como propiedad esencial. Tampoco admite que la explicación pueda ser asimilada al análisis del significado de algún término. ¿Entonces cómo puede Raz presuponer la manera como se

---

<sup>41</sup> La negación de la diversidad por parte del cientificismo, es parte del reconocimiento de una manera correcta de ver el mundo y de hacer las cosas. Quien práctica sus máximas y rituales está viviendo bien la vida y por tanto, también tiene satisfecha su ansia de saber, pues tiene el conocimiento y este es, poder. Ahora bien, es la figura del otro, el que no está adscrito a ello, él “se ve convertido en medio; medio con vistas a realizar no algún proyecto (...) sino la satisfacción de un ser particular (...) Esta (...) se alimenta exclusivamente de la constante sumisión del otro.” (Todorov, T., *Frente al límite*, Madrid: Siglo XXI, 2004, p. 207)

<sup>42</sup> Raz, *op. cit.* (n.2), p. 57. Énfasis añadido.

<sup>43</sup> *Ibíd.*

explica la naturaleza del derecho o, más lejos aún, el concepto de la naturaleza del derecho a partir de la idea de propiedades esenciales, fijadas por ‘un término vacío’ aparentemente? Un problema que también se puede adjudicar a este esencialismo es: ¿de dónde obtiene Raz las propiedades esenciales que conforman la naturaleza del derecho? ¿Se deben presuponer como hace el autor? ¿Se hace un análisis lógico de los sistemas jurídicos para encontrar un hilo coherente? Luego Raz habla de un concepto (“el nuestro”, como lo llama en su argumentación) como el *decisivo*, donde otros conceptos de derecho lo son sí y solo sí, están relacionados de modo apropiado con el “nuestro”<sup>44</sup>. ¿Hay una respuesta correcta únicamente de lo que es un concepto? ¿Tiene éste las supuestas propiedades esenciales que informan a su naturaleza? ¿Cómo se va a elucubrar?

Raz traza la distinción entre concepto y naturaleza del Derecho usando la distinción científica entre un concepto local y un concepto universal: el local puede ser una forma que no se adapta a la universal y este último, la pretensión de otorgar uniformidad. Sobre el concepto local es el que es concebido para y por una determinada cultura con particulares rasgos, por ejemplo, en el del intercambio *kula* en la tribu de los pobladores de la islas Trobriand que representaba el derecho como una forma de organización (y rituales) sociales<sup>45</sup>. No así el concepto universal, que es pretendido para la totalidad de las personas, por ejemplo, la tesis kantiana sobre el derecho, donde éste es coacción que corrige al ser humano para que su arbitrio se acomode al arbitrio de otro conforme a una ley universal<sup>46</sup>.

El hecho de que un término como derecho (cuando se aplica al menos una propiedad esencial o bien, todas, según Raz) pueda referenciar un fenómeno determinado, excluiría la posibilidad de “pensar” otras cosas como derecho. Filosóficamente no se está aclarando un concepto, sino más bien entregando directrices que permiten a través de un algoritmo conocer cuál es su contenido y cómo a través de él debemos conjugar las definiciones locales. Desde el punto de vista epistémico, cabría decir que se manifiesta en la distinción de Raz un ideal mesiánico, si es que fuera cierto que el autor quiere configurar los conceptos de derecho existentes a partir de un término universal (la naturaleza)

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>45</sup> El intercambio *kula* se desglosaba en solo dos artículos. Unos eran gargantillas de concha que los trobriandeses llamaban *veigun* o *soulava*, mismos que circulaban hacia el norte en el circuito, en la dirección de las manecillas del reloj. Los otros eran pulseras hechas con pequeñas conchas que recibían el nombre de *mwali*, cuyo sentido de circulación era inverso. Si el intercambio entre dos personas era abierto con un collar *soulava*, aquél que lo recibía estaba obligado a corresponder con un brazalete *mwalli*. Las condiciones de la participación en el circuito de intercambio variaban de región en región. Malinowski señalaba que en las islas Trobriand, los jefes monopolizaban el *kula*, mientras que en *Dobu* cualquier hombre podría participar. Sobre esos rituales (véase Malinowski, B. *Los Argonautas del Pacífico Occidental*, Barcelona: Península, 1975) se puede hablar de la creación de un concepto local de derecho.

<sup>46</sup> Cfr. Kant, I. *La Metafísica de las Costumbres* (trad. de Adela Cortina y Jesús Conill), Madrid: Tecnos, 1989, pp. 38-43.

que pareciera, imprescindible en la teoría y en la práctica. Posteriormente se interroga Raz sobre si puede haber derecho sin concepto de Derecho.

Por otro lado, su tesis de que la naturaleza es una determinada cosa que configura al concepto tiene falencias. Conceptuando al origen no podríamos decir qué es lo que le otorga los datos esenciales a cada concepto, pues ello sería una tautología<sup>47</sup>. No lo sería, en cambio, el hecho de buscar la genealogía de lo real de un concepto de naturaleza del derecho, ya que la tesis esencialista se acercaría al campo de la ciencia con su pretensión mesiánica de uniformidad y respuestas correctas.

Otro género de críticas a propósito de la tesis de la distinción entre concepto y naturaleza del Derecho se vinculan al hecho de que, al parecer, la tesis raziana no satisface la idea de diversidad que es propia de lo jurídico. Tomando dicha crítica, abogaré por la introducción y comprensión del concepto de la naturaleza del derecho no sin antes formular algunas críticas a lo que plantea el balliolense.

En primer lugar, se dijo que a Raz le es indiferente el esquema de Bix a propósito de los objetivos que puede plantearse el tener un concepto o bien, el construirlo. En palabras de Raz:

“los conceptos consisten en *cómo concebimos* aspectos del mundo y se encuentran entre las palabras en las cuales son expresados y sus significados, por un lado, y la naturaleza de las cosas a las que se aplican, por el otro”<sup>48</sup>.

A este respecto, Bulygin considera que Raz no es claro en su postura, ya que el propio Raz pone el acento en que los conceptos son una creación humana y no filosófica (de ahí el énfasis usado por Raz en la frase citada). Luego Bulygin entiende que es un error identificar conceptos con significados (nuevamente una cuestión de la ciencia) o asociarlos con la naturaleza de las cosas<sup>49</sup>. Parte de la frase wittgensteniana de no preguntar por el *significado* y preguntar por el *uso*. El concepto para el argentino es un mecanismo para describir la realidad o un fragmento de la misma. En ese sentido, Raz no se hace cargo de la explicación de ello, solo dice que el concepto está subsumido a contener propiedades esenciales que constituyen la naturaleza de lo que se quiere conceptuar. Ahora bien, concuerdo con Bulygin cuando señala que “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>50</sup>. Entonces, las propiedades esenciales son determinadas por el concepto y así, la naturaleza de la cosa.

---

<sup>47</sup> También podría referirse a la idea de lo místico y lo indecible de Wittgenstein, véase Wittgenstein, L., *Tractatus Logico-Philosophicus* (trad. de Luis M. Valdés Villanueva), Madrid: Tecnos, 2002, desde el parágrafo 5 en adelante.

<sup>48</sup> Raz, *op. cit* (n.2), p. 50. Cursivas mías.

<sup>49</sup> Bulygin, E., “Raz y la teoría del derecho. Comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del derecho? de Joseph Raz”, en Raz, J. *et al*, *Una Discusión sobre la Teoría del Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 101.

<sup>50</sup> *Ibíd.*, p. 102.

Centrándonos ahora en la pregunta por el concepto de naturaleza del derecho, adelantando que la teoría esencialista de Raz adolece de un fundamento más acabado, convirtiéndose en dogmática, por lo que, habría que intentar inferir de dónde emerge el uso de estas nociones. Raz arguye que el estudio de la teoría del derecho no tiene un límite, ya que la lista de las propiedades del derecho es indefinida<sup>51</sup>. Sin embargo, y como objeción a la idea de Raz teoría del Derecho, cabría señalar que esto sería un tanto incompatible con el logro de un concepto de derecho universal<sup>52</sup>: la indeterminación del número de propiedades esenciales (o necesarias) sería difícil de canalizar en cada concepto de derecho, por lo que, habría una pluralidad de ellos. Ahora bien, esto implica una negación de la diversidad que no es coherente con la tesis de la naturaleza del Derecho que interesa a Raz. Según Bulygin, los diferentes conceptos son productos de la teoría del derecho y tratan de elucidar la estructura de la institución llamada ‘derecho’ de maneras diferentes<sup>53</sup>. Continúa el argentino, explicando que no significa que todos los conceptos se encuentren en pie de igualdad, por lo que uno no puede ser mejor que otro, ya sea porque es más exacto o porque no conduce a distorsiones.

En segundo lugar, Dworkin, mediante el concepto de aguijón semántico (*semantic sting*)<sup>54</sup>, expresa los problemas que ocasiona la adopción de ciertas tesis, erróneas a su juicio, respecto del significado de las expresiones lingüísticas en algunas teorías jurídicas contemporáneas. Expone que la disputa por los conceptos de derecho realizados por el positivismo no ayudan a la práctica judicial. Entonces resulta apropiado preguntarse por la naturaleza del derecho, lo que en definitiva, configura a esta. La idea de Raz acerca de las propiedades esenciales del concepto resulta, a juicio de Dworkin, espuria, pues yerra en el plano semántico al querer buscar únicamente los significados (muestra la pretensión científica uniformadora de su teoría). Asimismo, para encontrar estas cualidades, es posible que haya que examinar el contenido moral (y por tanto, asumir que hay conexión entre derecho y moral) del fenómeno jurídico, para justificarlo como institución, según Dickson<sup>55</sup>. Y este nexo conceptual entre derecho y moral al que parece conducir el hecho del desacuerdo en el significado de los conceptos morales es algo que dudosamente Raz pudiera aceptar.

En tercer lugar, la disputa entre plantear por un lado, la gestación de concepto(s) de derecho y por otro, de la naturaleza del derecho, supone volver a una distinción metafísica en la definición. En terminología de Bix, cabría hablar de “identidad” del derecho.

<sup>51</sup> Véase Raz, J., “On the Nature of Law”, en Del mismo, *Between Authority and Interpretation*, Oxford: Oxford University Press, 2010. Raz, J., “El problema de la naturaleza del derecho”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 3, 1995, pp. 131-51.

<sup>52</sup> Aquí el argumento –que adjudico como– científicista de Raz carece de la forma de verificación e incluso se contradice (no cumple el requisito del principio de no-contradicción).

<sup>53</sup> Bulygin, *op. cit.* (n.47), p. 107.

<sup>54</sup> Dworkin, R., “Los conceptos de derecho”, en Del mismo, *La justicia con toga* (trad. de María Iglesias e Iñigo Ortiz), Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 243-46; Dworkin, *op. cit.* (n.25), pp. 1-25.

<sup>55</sup> Dickson, *op. cit.* (n.31), p. 27.

La propuesta que en estas páginas se defiende se vincula a un concepto de naturaleza del derecho cuyo rol sea definir qué objetos imbrican las proposiciones de lo jurídico (lenguaje), vale decir, cuáles son participes de una misma naturaleza. Por lo tanto, urge la homogeneización de la naturaleza del derecho como una cuestión común. Pero no en los términos razianos, marcados, como hemos visto, de un marcado esencialismo. La forma de buscar el punto de encuentro debe ser otra. Por lo mismo, la naturaleza del derecho debe ser la misma para todo lugar donde se quiera constituir un sistema jurídico o bien, se quiera normar conductas en forma coercitiva, esto es, debe constituir un único concepto, capaz de abarcar todos los momentos históricos y todas las culturas. Sobre esto, cabe plantear dos observaciones adicionales respecto de la tesis de Raz:

(1) Raz (citado por Bix<sup>56</sup>) dice que: “*el concepto de derecho es un producto histórico, que cambia a lo largo de los años, y el concepto como tal como lo poseemos es más reciente que la institución a la que se refiere (...)*”. Sin embargo, en la definición de Raz el concepto de derecho no es un producto de la teoría jurídica, en última instancia, sino más bien es un concepto que evolucionó históricamente, bajo la influencia de la práctica jurídica y otras influencias culturales, incluyendo a la influencia de la teoría del derecho contemporánea. Lo anterior escapa a la lógica cientificista: el concepto resulta dinámico y no estático<sup>57</sup> y se constituye al calor de las vicisitudes históricas, por lo que vendría a ser una construcción de una realidad determinada o que podría ser lo mismo, que se construye a partir de las prácticas sociales.

(2) Una segunda observación crítica que puede dirigirse a la distinción de Raz tiene que ver con su afirmación de que el “concepto” de derecho pueda aplicarse a sociedades que no disponen de un concepto de Derecho. Desde esta perspectiva, como señala Bix, pareciera que lo universal es precisamente el concepto y no la naturaleza. Pero antes de poner atención en el punto de la “necesidad” en la conceptualización de Raz, hago una prevención desde Coleman, quien expresa que es muy distinto sostener que un concepto particular es necesario y afirmar que hay rasgos necesarios de un concepto que se acepta como contingente<sup>58</sup>.

Sobre ello, cabe remontarse a la distinción entre verdades necesarias y verdades contingentes que desde Leibniz opera. Respecto de las primeras, puede afirmarse que son aquellas que enuncian que algo es de tal modo y que no puede ser más que de ese modo, y por tanto expresan (la composición de) un ser necesario. Las contingentes o de hecho, enuncian que algo es de cierta manera, pero podría ser de otra. Se refieren a un ser contingente, fáctico, por lo

---

<sup>56</sup> Bix, *op. cit.* (n.15), p. 174.

<sup>57</sup> Al respecto, recomiendo ver Berlin, I., “El sentido de la realidad”, en Del mismo, *El sentido de la realidad: sobre las ideas y su historia*, Madrid: Taurus, 1998, pp. 27-76.

<sup>58</sup> Cfr. Coleman, J., “Methodology”, en Coleman, J. y Shapiro, S. (eds.), *The Oxford handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 311-51.

que son causales, accidentales<sup>59</sup>. Si se considera al concepto o a la naturaleza del derecho como de la primera clase, se resume en una verdad lógica. No así si se piensa como una verdad contingente, en cuyo caso debería poder ser demostrado a partir de la experiencia y sería conjugable en una verdad empírica y particular. Ahora bien, esta misma distinción es la que se plantea a propósito de asuntos formales y asuntos empíricos, que poseen una sola respuesta correcta y válida a la controversia que suscita su duda. Luego del punto de la necesidad en Raz volveré con esta idea.

Como se ha dicho, Raz incurre en una afirmación paradójica en relación con el concepto de Derecho: plantea, que el concepto de derecho puede aplicarse a sociedades que no tienen tal concepto, o que no lo han tenido, ni mucho menos interiorizado<sup>60</sup>. Según Bix, es donde la necesidad reclama generalidad<sup>61</sup>, y es donde la idea de que el concepto es un producto humano cobra sentido. Sin embargo, pareciera que el concepto es lo universal y no la naturaleza. Tendría que ser, esta última la que debiera dar la pauta para la existencia de derecho.

Por otro lado, el israelí combina la necesidad con la contingencia en su planteamiento, lo cual para Bix y también en mi opinión, parece llevar a confusiones. En términos prácticos, la tesis de Raz observa que en una comunidad determinada el concepto de derecho es: a la vez dotado de las propiedades esenciales y es verdadero en un momento determinado de la historia. Sobre esas cualidades, ya se ha hablado al respecto, sin embargo, ¿en la teoría jurídica es la pregunta por la búsqueda de la verdad en definitiva? Si como necesario es verdadero y como contingente también lo es, ¿aguantaría una doble verdad?<sup>62</sup>

De ello infiero que la teoría jurídica puede admitir la diversidad en la gestación de un concepto de naturaleza del derecho más apto para sus propósitos. Es así que múltiples encuentros y debates en la historia han posibilitado la *purificación* y *formalización* del entendimiento de la naturaleza del derecho (su concepto). Ejemplo de esto son los crímenes cometidos bajo el totalitarismo, las atrocidades de los campos de exterminio que no pueden ser esclarecidas por ninguna de las explicaciones tradicionales<sup>63</sup>. Luego con los procedimientos ante los tribunales de Nüremberg y el cuestionamiento acerca de los teóricos del derecho que legitimaban como bueno este derecho nazi, los que hicieron caso omiso al brocardo *lex injusta non est lex* en tanto positivistas jurídicos tenían el ideal que provenía de las ideas de Condorcet, Comte y sus

<sup>59</sup> Es posible profundizar en el argumento en Leibniz, G. W., *Escritos filosóficos* (trad. de R. Torretti, T. E. Zwanck, E. de Olaso), Madrid: Antonio Machado Libros, 2003.

<sup>60</sup> Raz, *op. cit.* (n.2), p. 72

<sup>61</sup> Ver Bix, B., "Raz on necessity", *Law and Philosophy*, 22, 2003, pp. 537-59, disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=464420>>, fecha de consulta: 17 agosto 2013.

<sup>62</sup> Sobre esta base, Pereira Fredes expone lo siguiente: "el derecho (...) resiste una comprensión metodológica, cuestionándose si en su análisis son pertinentes los juicios valorativos o bien si la identidad del derecho (el concepto ideal) exige desplazarlos al no ser propiamente del fenómeno jurídico". Pereira Fredes, *op. cit.* (n.17), pp. 97-8.

<sup>63</sup> Véase Todorov, *op. cit.* (n.41), pp. 132 y ss.



sucesores. La interrogante luego de estos acontecimientos era el qué considerar como derecho y qué no. A lo anterior, se suman, la pregunta por el otro y por el reconocimiento legítimo de este, una cuestión de los principios de la diversidad valorativa. Con el impacto que causó la II Guerra Mundial y tomando en cuenta las reflexiones en teoría del derecho de la mano de encuentros, choques y discusiones, se ha puesto en jaque a la extensión del concepto de naturaleza del derecho, dejando entrever que formas de comprender al fenómeno jurídico han sido social y moralmente interiorizados -de buena manera- por las comunidades que poseen una estructura normativa. Pareciera ser una tarea del devenir histórico el mejorar la comprensión que se tiene del derecho para hallar una regulación apropiada y no el indagar en las propiedades esenciales que terminarían por ser mecanismos tanto inclusivos como exclusivos en términos arbitrarios, luego ahí depende de un algoritmo en encontrar la lógica de lo esencial y lo necesario. Lo anterior se materializa en las realidades y constituye un segundo test de verdad, lo que supone Raz.

El ideal mesiánico de llevar a la verdad es lo que informa a la tesis raziana. La posesión de la verdad "es un estado de suyo frágil -y, por ende, digno y necesitado de defensa- mientras que ni la aproximación ni el alejamiento de la verdad son procesos irreversibles. Y esto rige para todo tipo de verdad (...) (Por lo tanto) si un genio maligno, como el imaginado por Descartes, destruyera mañana todo registro de las verdades astronómicas que han sido descubiertas en el curso de la historia, perderíamos acceso incluso a verdades elementales, a las cuales, en este momento, millones de seres humanos tienen acceso, como, por ejemplo, que la Tierra es parte de un sistema heliocéntrico. Nada tiene de peculiar entonces que ocurra lo mismo con el acceso a los valores..."<sup>64</sup>, las verdades referidas al modo en qué se piensa al derecho.

Si se acepta el entendimiento puro y formal del concepto de naturaleza del derecho quedan menguados los planteamientos como el de Raz en torno a la esencialidad de ciertas características que permiten fijar conceptos.

En esta propuesta el acceso a la verdad moral dependerá del contexto, y sin embargo, la verdad misma no depende de contexto alguno.

Si bien Raz señala que diferentes culturas tienen diferentes conceptos de derecho, aboga por la universalidad respecto de la naturaleza y por ahí, puede verse la distinción y el juego con la tipología leibniziana de las verdades, que al final, conjuga en una. No obstante, advierto que Raz antes de sostener esto, plantea el cambio histórico que sufre el concepto, pero cabe tener presente que lo que varía es el entendimiento sobre el concepto. La arrogancia de poseer la verdad y creer que la interpretación que tiene quien hablar es la correcta es una cuestión errada y bien frágil, debido a que la relevancia de la verdad y su búsqueda exceden el alcance absoluto, más podría ser un valor cierto de manera efímera. La tesis según la cual el concepto de derecho cambia en la historia es también inaceptable en términos lógicos, puesto que si el concepto cambiara,

---

<sup>64</sup> Orellana Benado (n.6), p. 66.

cambiaría también su extensión, esto es, su normatividad que es propio de lo jurídico. Es así que vendría como consecuencia inexorable cosas que son derecho y que no son derecho en determinados momentos de la historia, que cambiando el concepto no lo serían y si mutara nuevamente, si lo serían. Es una ofensa para con el sentido de la realidad que otorgar la lucidez suficiente para reflexionar y la confianza en las instituciones por la comunidad (en tanto el derecho es una de ellas). Cuestiones como el agujón semántico vienen a obnubilar el avance de la diversidad valorativa en tanto maneras de buscar la verdad existan. “Es correcto sostener que sea *el concepto* y no, por contraste, *nuestro entendimiento* del concepto lo que cambia en la historia”<sup>65</sup>. Por lo tanto, la propuesta de un concepto formal de naturaleza del derecho, bajo las condiciones mínimas de ser un concepto *ahistórico* y *acultural*, permite al mismo tiempo poder hablar y referirse legítimamente a los conceptos de derecho (y sistemas jurídicos o que puedan ser tales) que han existido en distintos tiempos y culturas. Y no de carácter esencialista, esto solo acerca más a la ciencia a manejar los asuntos filosóficos y humanos, no caer en la seducción del mesías que proclama y que coopta a la diversidad<sup>66</sup>.

Si se acepta, en cambio, la visión de Raz, tendríamos que unificar los demás conceptos que no se adapten a él.

Si se quisiera prescindir del concepto puro y formal de naturaleza del derecho, se escurriría el fundamento normativo que subyace a todas las comunidades en distintas épocas y culturas, desde el mostrado en los sistemas jurídicos de hoy, como por ejemplo el modelo de las reglas de Dworkin hasta las formas más pedestres como los rituales de la tribu de los trobriand<sup>67</sup>. El concepto de naturaleza del derecho que se intenta proponer está de la mano con el pluralismo, en tanto es puro y formal, algo que más allá del imperfecto entendimiento que un determinado momento histórico se tenga de él, hace de todo que podría llamarse derecho, derecho. Tamanaha<sup>68</sup> plantea que el proyecto de elaborar un concepto científico del derecho está basado en la creencia equivocada de que el derecho abarca una categoría fundamental. Por el contrario, el derecho es completamente una construcción cultural (...) (y) es aquello a lo que le atribuimos el nombre derecho. De igual manera, lo expone Dickson “el derecho es un fenómeno social complejo y multifacético”<sup>69</sup>, ergo su indagación va a depender del entorno en que esté inserto. Entonces, parece un ejercicio necesario el situarse en un punto abstracto, imparcial y objetivo acerca de lo que persigue la teoría jurídica.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 69

<sup>66</sup> Sugiero ver el argumento de López Pérez, N., “Cientificismo y mesianismo: la otra cara de la ciencia moderna”, *Crítica.cl*, 23 febrero 2013, disponible en: <<http://xurl.es/3sqtq>>, fecha de consulta: 16 agosto 2013.

<sup>67</sup> Para el modelo de las reglas de Dworkin, *op. cit.* (n.25), pp. 14-80 y para los rituales de la tribu de los habitantes de las islas Trobriand y un análisis de antropología jurídica, véase Malinowski, B., *Crime and Custom in Savage Society*, Londres: Routledge, 2001.

<sup>68</sup> Tamanaha, B. “Conceptual Analysis, Continental Social Theory, and CLS: A Response to Bix, Rubin and Livingston”, *Rutgers Law Journal* 32: 281-306, citado en Bix (n.15), p. 177.

<sup>69</sup> Dickson, *op. cit.* (n.31), p. 25.

Si pensamos un segundo en el concepto de derecho, este es la concreción de lo que exponga la naturaleza del derecho. Aunque si esto se toma desde el punto de vista de la tesis de Raz es epistémicamente fuerte en lo que respecta al concepto local, no así en lo relativo al concepto universal. Por lo tanto, la tesis no sería consistente, nuevamente. Para ello, el pensar al concepto de derecho en los términos que principalmente Strawson y Austin proponen acerca del lenguaje, éste, puede ser una respuesta. El derecho como un conjunto de usos, costumbres, prácticas que al tender hacia la paz social por cada comunidad singular, puede determinar el que constituya una tradición, aquello que permite hablar de algo que es compartido por un cúmulo de individuos reales y concretos en distintas épocas históricas.

Lo que existe en la historia son conceptos de derecho que han ido mutando, por tanto, son sustantivos e históricos, así deben pensarse. Ahora bien, en el plano teórico (y también, podría ser en el práctico) existen una diversidad de conceptos de derecho que en la historia siguen a la naturaleza (la normatividad) y cabe de ello, pensarlos como un todo y ver cuáles son fructíferos para mejorar el entendimiento del concepto de naturaleza del derecho y cuáles no. En base a lo anterior, la teoría jurídica debe jugar.

Con una diversidad valorativa, el pluralismo está en pos de mostrar una concepción tan absoluta como plural de que da sentido al derecho (y su concepto). Por un lado, ese carácter absoluto del valor está -en último término-, en el concepto puro y formal de una naturaleza del derecho única. Por otro, su virtud de plural reside en el concepto sustantivo e histórico de conceptos de derecho igualmente legítimos. La posibilidad de entender mejor el concepto de derecho y así también, de la teoría jurídica dependerá del encuentro de las concepciones en cuestión alrededor de cómo valorar la diversidad. En la medida que los distintos conceptos se refinan y muestren en la historia, se les puede individualizar con precisión creciente y, por su intermedio, entender mejor el concepto de naturaleza del derecho.

Pensar en la pluralidad de teorías que pueden aparecer: semánticas, nominalistas, conceptuales, pluralistas, descriptivas, evaluativas, excluyentes, orienta el camino a un mejor entendimiento del concepto de naturaleza del derecho y no pregonar “una teoría es mejor que otra, porque...”. Ello solo es parte de una carrera epistémica que pretende asignar valores/funciones y señalar “cuál teoría es exitosa y cuál no”.

Curiosamente Raz afirma que el concepto de derecho está dentro de los conceptos que trascienden culturas, máxime captura una institución que existe aún en sociedades que no tienen tal concepto<sup>70</sup>. Señalemos dos objeciones al respecto:

(1) Raz parcialmente acierta con esta afirmación, sin embargo, puede pensarse aún mejor que todas las sociedades tienen un concepto de derecho,

---

<sup>70</sup> Raz, *op. cit.* (n.2), p. 85

aunque no exteriorizado ni pensado en términos descriptivos. Asimismo, la idea de un entendimiento puro y formal del concepto de naturaleza del derecho, ayudaría mejor a la comprensión de las distintas culturas en tanto queremos conocer rasgos del fenómeno jurídico que puede ser tensionado y tematizado en dos modelos explicativos como son una comprensión premoderna del derecho en contraposición a una moderna<sup>71</sup>.

(2) ¿Cómo podría saber Raz que hay sociedades que no tienen el concepto? Supone que hay quienes no lo tienen, pienso que todas las comunidades –así como Malinowski intenta demostrarlo– poseen derecho y así también, el concepto del mismo, aunque no todas lo expresan en términos teóricos. La tesis raziana cae ante la práctica, según Dworkin, él confunde el concepto (como criterio) sociológico y doctrinal, entonces en la vida del derecho (básicamente, la adjudicación) no sobrevive<sup>72</sup>.

Finalmente, insisto que la idea de un entendimiento puro y formal del concepto de naturaleza del derecho reviste de cualidades *ahistóricas* y *aculturales*, de tal manera, que pueda comprenderse en su existencia y razón de ser en tiempos y culturas determinadas<sup>73</sup>. 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 eso último se posa Raz con su esencialismo.

#### 4. CONCLUSIONES

La teoría del derecho seguirá reflexionando en torno a su objeto de estudio, pues el camino hacia la verdad muestra constantemente espejismos o bien, va desentrañando nuevas posturas o redescubriendo viejas tesis. Raz intrépidamente pudo establecer un punto de apoyo al trabajo del análisis conceptual, distinguiendo entre concepto y naturaleza del derecho, no así, sus predecesores Kelsen y Ross que sinonimizaban ambos términos. El debate continúa al interior de la tradición analítica y como se vio, era anterior en el campo de lo estrictamente filosófico y luego, solamente emergería a lo jurídico.

La ciencia fue la gran ganadora en el siglo XX y como se muestra en la sociedad actual en distintos ámbitos, tanto teóricos como prácticos<sup>74</sup>. El mesianismo del cientificismo es impregnado por cinco principios, lo que aún le permite influir en el campo de las humanidades y de la reflexión que puede darse en todo ámbito<sup>75</sup>. Ahora bien, la principal objeción al desarrollo de este cientifismo que impregna el pensamiento en el siglo XX es el avance de visiones que no daban pie a la diversidad. Justamente por ello, *stricto sensu* quisiera

<sup>71</sup> Véase Pereira Fredes, *op. cit.* (n.17), p. 99.

<sup>72</sup> Cfr. Dworkin, *op. cit.* (n.52), pp. 248-53

<sup>73</sup> Giovanni Ratti expresa que un estudio imparcial del derecho ayuda a desmitificar teorías inútiles y no a fomentarlas. Cfr. Ratti, G. *El Gobierno de las normas*, Madrid: Marcial Pons, 2013.

<sup>74</sup> Stroll, A., *La filosofía analítica del siglo XX* (trad. de Juan Álvarez y Eduardo Bustos), Madrid: Siglo XXI, 2002, p. 1.

<sup>75</sup> Véase López Pérez, *op. cit.* (n.64).

remarcar que la calidad de cientificista entregada a Raz a partir de una revisión de sus planteamientos, que ha sido el propósito de estas páginas<sup>76</sup>.

Los diálogos usualmente tienen pretensiones mesiánicas, donde hay quien quiere adoptar seguidores para entregar verdades, certezas y salvarlos de la ignorancia. El mesianismo epistémico de Raz quiere configurar a los conceptos de derecho existentes a partir de un término universal (la naturaleza) que pareciera, imprescindible en la teoría y en la práctica. Por ello creo que puede sostenerse que el esencialismo de Raz obnubila un tanto una apertura a la diversidad. Por el contrario, resulta útil disponer de un concepto de naturaleza del derecho cuyo rol sea definir qué objetos imbrican los enunciados de lo jurídico (lenguaje), vale decir, cuáles son participes de una misma naturaleza. Lo que en consecuencia permite una gama heterogénea en el campo argumentativo y no el vicio de nivelar todos los conceptos de derecho a partir de parámetros necesarios y mecanismos de exclusión/inclusión conceptual bastante mezquinos. La creación de un único concepto, capaz de abarcar todos los momentos históricos y todas las culturas permite un acercamiento hacia la verdad en forma racional y prudente en una diversidad valorativa legítima sin querer la imposición de entendimientos únicos. La teoría del derecho seguiría dialogando, pero con posturas que siempre quisieran ir al encuentro, de tal manera que se pueda mejorar nuestra comprensión de la naturaleza del derecho y de lo que significa que una sociedad tenga derecho. Es el concepto de derecho el que cambia, y no nuestro entendimiento acerca de él.

---

<sup>76</sup> Ello es sin perjuicio que de los coetáneos a este autor que reclaman esa denominación son los naturalistas impulsados por lo que Leiter llama “el giro naturalista (en la filosofía del derecho)”, los nuevos cientificistas del pensamiento jurídico contemporáneo. Véase Leiter, B., *Naturalismo y teoría del derecho* (trad. de Giovanni Battista), Madrid: Marcial Pons, 2012.