# LOS CONCEPTOS DE DERECHO

CARLOS SANTIAGO NINO
Consejo Nacional de Investigaciones
Científicas y Técnicas
Universidad de Buenos Aires

## I

El objeto de este artículo es proponer la hipótesis de que muchas controversias y perplejidades que se plantean, en el ámbito de la filosofía del derecho, se deben a un presupuesto metodológico que pensadores de muy diferente orientación teórica aceptan sin cuestionar.

Ese presupuesto es simplemente que debe haber un *único* concepto de derecho y que es misión de la filosofía jurídica definir ese concepto, que las propuestas de caracterizar la noción de derecho de acuerdo a propiedades incompatibles entre sí son necesariamente excluyentes, que la forma de reconstruir el significado de las expresiones "derecho" o "sistema jurídico" tales como ellas son usadas en distintos contextos es mediante una definición aplicable a todos esos contextos.

Esta idea aparentemente respondía al enfoque esencialista de la relación entre lenguaje, realidad y el origen de los conceptos, pero sobrevive saludablemente aun en el pensamiento de iusfilósofos que adoptan un enfoque convencionalista y que son plenamente conscientes de la ambigüedad, vaguedad y textura abierta que el término "derecho" presenta en el lenguaje ordinario. Nadie ha contribuido tanto como Herbert Hart a mostrar estos rasgos del uso común de "derecho", y lo ilusorio que resulta hacer justicia a todos los matices de ese uso común mediante una definición que determine condiciones necesarias y suficientes para todas las aplicaciones de la palabra; sin embargo, me atrevo a sugerir que algunas de las posiciones que va asumiendo Hart, a lo largo

de su obra, sólo se explican por su aspiración de ir reconstruyendo *el* concepto de derecho.

Controversias tales como las que se dan entre positivistas y no positivistas, entre realistas y normativistas, las que giran en torno a la existencia de lagunas en el derecho, las que versan sobre la noción de validez jurídica, etcétera, son sólo las más relevantes de una larga serie de discusiones teóricas que están, en buena medida, generadas por la suposición de que la adscripción de diferentes propiedades al derecho debe ser explicada a través de un único concepto —al que deben converger todas esas propiedades—, de modo que necesariamente debe optarse entre propiedades incompatibles (el derecho tiene lagunas o no las tiene, o bien es inherentemente justo o puede haber sistemas jurídicos injustos). No se ha planteado la posibilidad de que el hecho de que pensadores sumamente lúcidos insistan en caracterizar al derecho mediante propiedades opuestas, tal vez muestre que esa caracterización está sometida a exigencias incompatibles entre sí, que están fundadas en necesidades y criterios de relevancia que varían en diferentes contextos y que sólo pueden ser satisfechas no por uno sino por una pluralidad de nociones de derecho.

Es un hecho evidente que los enunciados que emplean el concepto de derecho se formulan en contextos muy diferentes, en los que prevalecen distintos intereses teóricos y prácticos. Los sociólogos, antropólogos e historiadores se refieren al derecho para distinguir un conjunto de pautas e instituciones que están vigentes en determinada sociedad y en un cierto tiempo, y que son el producto de diferentes factores sociales, acontecimientos, creencias y actitudes, y, a su vez, generan otros fenómenos de esa índole. Los jueces formulan proposiciones de derecho no, fundamentalmente, para explicar o predecir algo, sino con el objeto de dar *razones* para justificar sus decisiones. Los abogados, cuando asesoran a sus clientes acerca del derecho, pretenden señalarles ciertos datos con que es necesario contar para calcular las posibilidades de acción, les delinean un marco que, a la vez, limita y hace posible

proyectos de conducta. La cuestión es si, en estos y otros contextos en los que se alude al derecho para describir procesos y regularidades sociales, justificar decisiones o calcular acciones, se están solamente adoptando diferentes puntos de vista frente a un mismo fenómeno o si se están enfocando fenómenos diferentes y sólo parcialmente relacionados entre sí, si puede reconstruirse el significado usual de "derecho" en todos estos contextos mediante un concepto único o si sólo puede reflejarse adecuadamente el sentido de los enunciados que se formulan desde cada uno de estos puntos de vista a través de conceptos alternativos.

## II

Hart ha hecho un aporte muy valioso al distinguir dos tipos de enunciados jurídicos: por un lado los enunciados *internos*, que expresan la aceptación de las reglas de un sistema y que son formulados por gente como los jueces, quienes usan esas reglas para justificar decisiones, y, por otro lado, los enunciados *externos* que sólo describen la existencia de ciertas reglas en determinada sociedad, sin que su formulación implique aceptación de tales reglas.[1]

Una de las tesis más interesantes de Hart[2] consiste en llamar la atención sobre el hecho de que algunos conceptos jurídicos fundamentales son predominantemente usados en enunciados de tipo interno. Por ejemplo, Hart sostiene que el concepto de *validez jurídica* es generalmente empleado en enunciados internos que expresan adhesión a las reglas que se tienen por válidas (a diferencia de la noción de eficacia de una regla, que está más en su casa en enunciados externos). Sobre todo, Hart ha enfatizado que la noción de *obligación jurídica* resulta desvirtuada si se la analiza en el contexto de enunciados externos, tal como ocurría con las concepciones que pretendían caracterizarla, o bien en términos de estados o actitudes

[1] Ver H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*. Trad. G. R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963, pp. 71, 106 y ss., 128.
[2] Ver *op. cit.*, pp. 102 ss., 128 ss.

psicológicas, o sobre la base de la probabilidad de consecuencias desagradables.

Pero, curiosamente, Hart no ha extendido explícitamente el mismo tipo de análisis al propio concepto de derecho. En ningún lugar Hart se expide en forma expresa acerca de si este concepto está destinado a ser empleado en alguna de estas dos especies de enunciados en particular. No obstante, hay ciertos elementos implícitos en la obra de Hart que permiten inferir que él considera que la noción *vigente* de derecho se usa en forma directa predominantemente en enunciados internos. Esto se pone sobre todo de manifiesto cuando Hart dice[3] que la forma típica de un enunciado interno es "el derecho dispone que...", mientras la expresión natural del punto de vista externo es mediante enunciados de la forma "en Inglaterra reconocen como derecho que ..." La sugerencia es que cuando la expresión "derecho" se usa en una frase del *discurso directo* (o sea cuando no se hace referencia a las creencias o afirmaciones de otros), se expresa la aceptación de las reglas a que la expresión alude. Esto implica que el empleo directo del concepto de derecho no sería apropiado para la formulación de enunciados externos, sino que correspondería a un juego de lenguaje en el que se usan reglas para justificar decisiones.

Otra cuestión muy distinta, y mucho más importante, es si el concepto de derecho que el mismo Hart trata de caracterizar a lo largo de su obra (por oposición al que describe como vigente en el lenguaje ordinario) es un concepto que también está destinado a ser empleado en enunciados internos, o si, por el contrario, puede ser empleado en forma directa por un observador externo para describir ciertas reglas sin expresar su adhesión a ellas.

Los iusfilósofos de Oxford tienden a suponer que, en su caracterización del concepto de derecho, Hart ha dado primacía al punto de vista interno.

John Finnis —que es quien ha percibido con más claridad

[3] Ver *op. cit.*, p. 128.

la relativización de la noción de derecho a un cierto punto de vista— asume[4] que Hart define al derecho desde el punto de vista interno, y sólo le reprocha el que se niegue a hacer una diferenciación ulterior, la que lo hubiera llevado a adoptar, para definir el significado central o 'focal' de "derecho", no cualquier punto de vista interno sino el punto de vista de quien acepta *moralmente* las reglas del sistema.

Joseph Raz, por su parte, elogia a Hart por proponer una concepción *no reduccionista* de los enunciados jurídicos, lo que implica, según él, que son enunciados que no se limitan a describir hechos (como el que alguien haya ordenado algo o que sea probable que los jueces dicten ciertas decisiones) sino que son juicios deónticos o prácticos que sirven para justificar decisiones.[5] Como esto sólo es cierto de los enunciados internos que distingue Hart, y no de los externos, esta interpretación de Raz implica que Hart consideraría que los enunciados jurídicos por antonomasia son los internos, mientras que los externos no serían propiamente enunciados jurídicos sino, por ejemplo, enunciados de índole sociológica. Una posible hipótesis —que Raz no endosa explícitamente— de por qué esto sería así en la teoría de Hart, es que, según ella, sólo los enunciados internos emplean el concepto de derecho en forma directa, y no a través de la referencia a creencias o afirmaciones que se expresan mediante tal concepto.

La interpretación que hace Ronald Dworkin[6] de la noción hartiana no sólo coincide con las que acabo de mencionar, sino que echa luz sobre la relevancia que tiene el punto de vista que se adopte para definir "derecho" en la toma de posición respecto de importantes controversias iusfilosóficas.

Como he sugerido en otro lugar,[7] el error latente en practicamente todos los ataques de Dworkin al positivismo, en gene-

[4] Ver *Natural Law and Natural Rights*. Oxford, 1980, p. 12.

[5] Ver el ensayo "Legal Reasons, Sources and Gaps", incluido en su libro *The Authority of Law*. Oxford University Press, 1980.

[6] Para las críticas de Dworkin a distintos aspectos de la teoría de Hart ver los ensayos "The Model of Rules I", "The Model of Rules II", y "Hard Cases", incluidos en su colección *Taking Rights Seriously*. Londres: Duckworth, 1977.

[7] Ver este tópico en C. S. Nino, "Dworkin and Legal Positivism", en *Mind*, octubre de 1980.

ral, y a Hart, en particular, consiste en presuponer como algo fuera de cuestión que esa corriente teórica y este autor aceptan un concepto de derecho como el que él mismo adopta. Dworkin dice de paso[8] que el concepto de derecho que supone que sus oponentes aceptan, es el concepto corriente que alude a los estándares que el gobierno tiene el *deber* de reconocer y hacer efectivos a través de instituciones como los jueces y la policía. Sostiene que no tiene respuesta a un argumento que haría al positivismo "verdadero por estipulación", y que se basaría en un concepto de derecho que hace referencia a los estándares que, de hecho, los jueces y abogados reconocen e identifican a través de algún *test* comúnmente aceptado.

De este modo, Dworkin presupone, tal como Finnis y Raz, que Hart adopta un concepto de derecho que sólo es apropiado para ser empleado en forma directa en enunciados internos. Si la propiedad relevante para calificar como derecho a cierto conjunto de principios y reglas es que *deban* ser reconocidos por los jueces y funcionarios y no que sean de hecho reconocidos por ellos,[9] entonces el calificar a un estándar como jurídico expresa la aceptación de él, y el concepto de derecho no puede ser empleado en enunciados formulados desde el punto de vista externo, salvo a través de la referencia a creencias y afirmaciones de otros.

Creo que esta atribución a Hart, por parte de sus colegas de Oxford, de una definición del concepto de derecho que lo destina a ser empleado en enunciados internos, es errónea. Si se tuvieran que enunciar brevemente los rasgos fundamentales que, según Hart, caracterizan a un sistema jurídico, habría que decir que se trata de un conjunto de reglas de obligación,

[8] *Op. cit.*, p. 47.

[9] En realidad, Dworkin emplea un concepto 'mixto' de derecho —de dudosa viabilidad— construido a partir de las *dos* propiedades mencionadas: por un lado, forman parte del sistema jurídico los estándares efectivamente reconocidos por las instituciones relevantes, y, por el otro lado, también forman parte del sistema los estándares que se derivan de la mejor teoría valorativa que permite justificar los estándares anteriores. Agradezco a Carlos E. Alchourron el haberme llamado la atención sobre este punto.

cambio y adjudicación cuya aplicación les está prescripta a ciertos jueces por una regla de reconocimiento que ellos mismos aceptan. Éste es un concepto puramente *descriptivo* de derecho, que puede ser empleado en forma directa para hacer referencia a ciertos estándares, sin implicar que ellos deban ser obedecidos o reconocidos. No se trata de un concepto *normativo* que identifique a las reglas que denota por propiedades deónticas o valorativas (como el que las reglas en cuestión tengan fuerza obligatoria o sean justas). Si bien este concepto de derecho requiere que se den las actitudes típicas del punto de vista interno (lo que está incorporado a la condición de que la regla de reconocimiento —y, en consecuencia, las otras reglas que ésta prescribe aplicar— sea "aceptada" por los jueces), no es un concepto de derecho apropiado para ser él mismo empleado en enunciados formulados desde el punto de vista interno. Aunque la noción de derecho que reconstruye Hart podría ser analizada empleando términos normativos —se podría decir que, según él, un sistema jurídico está integrado por las reglas que los jueces *deben* aplicar de acuerdo a lo prescripto por la regla de reconocimiento—, en este caso las expresiones normativas estarían usadas en el sentido que R. M. Hare[10] llama 'entre comillas', que es un sentido descriptivo de creencias valorativas o de actos normativos de otros. Podría resultar llamativo[11] que Hart ofrezca un concepto descriptivo de derecho, cuando caracteriza normativamente a nociones derivadas como las de obligación, validez, derecho subjetivo, etc.; sin embargo, creo que no hay nada extraño en que la definición de una noción puramente descriptiva de derecho haga referencia a conceptos no descriptivos que se emplean en el marco de la institución que el concepto de derecho denota (así como la reconstrucción de una noción puramente descriptiva de un cierto juego puede hacer referencia a conceptos no descriptivos que se emplean en el contexto del juego). Es cierto que un concepto descriptivo de derecho debe

[10] Ver *The Language of Morals*. Oxford University Press, 1961.
[11] El profesor Alchourrón me hizo esta observación.

permitir elaborar nociones descriptivas de obligación, derecho subjetivo, validez, etcétera, y que el empleo de un concepto normativo de, por ejemplo, obligación jurídica presupone una noción normativa de derecho; pero esto no impide que nos concentremos en la reconstrucción de un concepto descriptivo de derecho y no de las restantes nociones derivadas, y que mostremos que el uso normativo de expresiones como "validez" u "obligación" es relevante para la aplicabilidad de ese concepto descriptivo de derecho. De cualquier modo, el apoyo más firme para esta interpretación de este punto crucial de la teoría de Hart está dado por su coherencia con otros aspectos fundamentales de tal teoría, como podrá inferirse del desarrollo de la sección siguiente.

## III

El concepto descriptivo de derecho que la atribuyo a Hart satisface la pretensión positivista de que la existencia y el contenido de un sistema jurídico puedan ser determinados sin recurrir a consideraciones valorativas o morales (por supuesto que esto no implica, de ningún modo, sostener que las consideraciones valorativas o morales sean irrelevantes para decidir si un sistema jurídico o una norma del sistema deben ser aplicados u obedecidos; esta cuestión práctica depende enteramente de tales consideraciones, pero no ocurre así con la cuestión teórica de identificar a un sistema o a una norma como jurídicos).

Sin embargo, hay algunos autores que sostienen que la exigencia definicional del positivismo puede ser también satisfecha con un concepto normativo de derecho. En esta línea se encuentran Kelsen y ahora Raz.[12] Para el primero, la fuerza obligatoria o validez de una regla —que es una propiedad normativa no reducible a propiedades fácticas— es una condición necesaria para concebir a la regla como una norma jurídica; una norma jurídica es una prescripción que, entre

[12] Ver su artículo "Legal Reasons, Sources and Gaps", incluido en su colección *The Authority of Law, op. cit.*

otras condiciones, *debe ser* observada (la función principal de la famosa norma básica kelseniana es la de estipular ese deber de observancia).[13] Kelsen supone que este concepto normativo de derecho, que sólo es apto para ser empleado directamente en enunciados internos —en juicios de 'deber ser'—, es compatible con la pretensión positivista de determinar la existencia y contenido del derecho independientemente de consideraciones valorativas, debido a que cree que hay un punto de vista interno frente a las normas —para usar la terminología de Hart— que, por implicar sólo una aceptación 'hipotética' o 'presupuesta' de ellas, no involucra ningún compromiso moral. Éste es, según Kelsen, el punto de vista que los juristas teóricos tienen que adoptar, para ver al derecho no como una secuencia de meros hechos sino como un fenómeno normativo, sin contaminar, al mismo tiempo, su conocimiento con actitudes valorativas. Si este punto de vista es inteligible y puede ser distinguido en algún contexto relevante del discurso jurídico —como lo piensa Raz—[14] es una cuestión que no puedo considerar ahora.[15] Deseo, en cambio, sugerir que, en el mejor de los casos, la distinción de este punto de vista sólo permitirá aislar una clase de enunciados jurídicos internos que no impliquen conclusiones morales; no parece que sea posible caracterizar un concepto de derecho que permita *identificar* a un sistema sin recurrir a consideraciones valorativas: El empleo de este concepto normativo, desde el punto de vista que distinguen Kelsen y Raz, sólo permitiría una identificación hipotética de un sistema jurídico; una identificación efectiva exigiría recurrir a argumentos morales para determinar la fuerza obligatoria real de las reglas del sistema.

De modo que la exigencia definicional del positivismo sólo

13 Ver un desarrollo sobre este aspecto de la teoría de Kelsen, en C. S. Nino, "Some Confusions Around Kelsen's Concept of Validity" *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, oct. 1978.

14 Ver su artículo "Legal Validity", incluido en *The Authority of Law, op. cit.*, y su libro *Practical Reasons and Norms*. Londres: Hutchinson, 1975.

15 Incursiones en este tema en *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica*. Valencia, Venezuela: Universidad de Carabobo, 1980.

puede satisfacerse mediante un concepto descriptivo de derecho como el que, por ejemplo, caracteriza Hart (el equívoco básico sobre el que se apoyan las críticas que le dirige Dworkin consiste, como vimos, en suponer que Hart acepta una definición no positivista de derecho, que convertiría en absurdas sus posiciones sobre temas tales como la naturaleza social de la regla de reconocimiento, el alcance de la discreción judicial, la existencia de casos sin solución jurídica cierta, etcétera).[16]

La disputa entre el positivismo y el iusnaturalismo es, en lo substancial, una disputa acerca de si debe otorgársele a la expresión "derecho" un significado puramente descriptivo o si, por el contrario, su connotación debe incluir propiedades normativas o valorativas. Es evidente que las consecuencias teóricas que se siguen de adoptar uno u otro concepto son radicalmente diferentes.

Por ejemplo, la cuestión crucial de la filosofía del derecho acerca de si los enunciados jurídicos expresan razones autónomas para justificar acciones o decisiones depende del concepto de derecho que tales enunciados empleen. Si se trata de un concepto normativo acerca de las reglas que deben ser reconocidas, por cierto que tales enunciados expresan razones que, en el caso de ser válidas, pueden justificar por sí mismas una acción o decisión. Esto le permite sostener a Raz[17] que las normas jurídicas no sólo constituyen razones para justificar acciones sino que constituyen razones de un tipo especial que excluyen la consideración de otras razones. Lo contrario ocurre si los enunciados jurídicos emplean un concepto descriptivo de derecho, ya que en este caso tales enunciados son reducibles a enunciados fácticos que no son aptos para justificar por sí solos una acción o decisión, sino cuando se combinan con enunciados acerca de consideraciones valorativas (que en el caso anterior ya están presupuestas en la identificación de soluciones jurídicas). Esto le permite decir a

[16] Ver mi artículo sobre Dworkin, *op. cit.*
[17] Ver *Practical Reasons and Norms, op. cit.*

David Richards[18] que la existencia de reglas sociales —entre las que incluye a las jurídicas— sólo implica ciertas *supuestas* razones para actuar y no que *hay* tales razones; según este autor, esta relación lógica entre reglas sociales y razones para actuar es lo que hace posible decir sin incoherencia: "hay una regla social que prescribe tal conducta, pero yo no debo realizarla"; sostiene también que, para resolver el desacuerdo entre los que aceptan y los que no aceptan una regla social, tenemos que trasladarnos a un nivel totalmente diferente de reglas (las de racionalidad y moralidad), en el que la relación entre razones y reglas no es de suposición o creencia, sino una relación de hecho. El concepto de razón justificatoria de acciones incluye propiedades lógicas tales (como la de la universalibilidad) que una norma jurídica no puede constituir una razón operativa para actuar, si ella no es identificada a través de un concepto normativo de derecho que presupone cierta concepción valorativa.

También la cuestión de si puede haber contradicciones y lagunas en el derecho depende del tipo de concepto de derecho que se presuponga. Bajo un concepto descriptivo de derecho no hay ninguna duda que el sistema jurídico puede ser inconsistente e incompleto, ya que puede perfectamente ocurrir que se dicten o se reconozcan de hecho reglas que estipulen soluciones incompatibles o que no establezcan soluciones para ciertos casos; si la existencia y el contenido del derecho depende exclusivamente de ciertos hechos, no puede excluirse *a priori* que ocurran hechos que permitan fundamentar soluciones jurídicas incompatibles, o que no ocurran los hechos que permitirían fundamentar alguna solución jurídica para cierto tipo de caso. En cambio, si se asume un concepto normativo de derecho no es posible predicar coherentemente de un sistema jurídico que estipule soluciones contradictorias, puesto que eso implicaría sostener que dos reglas inconsistentes deben ser ambas observadas; habría una contradicción no en el derecho sino en la "descripción" de ese derecho (esto

[18] *A Theory of Reasons for Action.* Oxford, 1971.

explica, a mi juicio,[19] la resistencia de Kelsen en sus principales obras a admitir contradicciones en el derecho). En cuanto a las lagunas, también ellas están excluidas bajo un concepto normativo de derecho puesto que la aplicación de ese concepto depende de una concepción valorativa y toda concepción valorativa es potencialmente exhaustiva: frente a un caso dudoso es inaceptable decir que nuestra concepción valorativa no tiene respuesta para él; se nos respondería que reflexionemos más y la hallaremos.

Hay muchas otras cuestiones que preocupan a los iusfilósofos y que dependen asimismo de la adopción de uno u otro concepto de derecho, pero las que acabo de mencionar bastan para poner de manifiesto la importancia crucial de esta elección teórica y de determinar si estamos realmente obligados a hacer tal elección.

## IV

Los positivistas han defendido la adopción de una definición puramente descriptiva de "derecho" con variados argumentos.

Algunos de tales argumentos dependen de tesis controvertibles que no todos los positivistas comparten. Tal es el caso del escepticismo ético, que se proyectaría al empleo de un concepto normativo de derecho (la idea es que, si no es posible justificar racionalmente conclusiones valorativas, mal se podrá contar con criterios intersubjetivos para justificar las aplicaciones de un concepto de esa índole). Sin embargo, este argumento llevaría a expurgar el lenguaje de términos cuyo significado es indudablemente normativo, como "justo", "bueno", etcétera, o a pretender otorgarles un significado puramente descriptivo que los haría irreconocibles e inoperantes (obviamente, no me estoy refiriendo aquí a las concepciones metaéticas según las cuales el significado normativo que esos términos actualmente poseen es reducible a un significado descriptivo).

[19] Trato de justificar esta afirmación en *Algunos modelos...*, citado.

Otros argumentos en favor de una definición puramente descriptiva de derecho son circulares. Por ejemplo, la tesis de que es conveniente separar la descripción del derecho de su valoración presupone, como dice Raz, que el derecho puede ser identificado sin recurrir a valoraciones.[20] El argumento emparentado con el anterior que destaca la importancia de distinguir entre el derecho que "es" y el derecho que "debe ser" desconoce que bajo un concepto normativo de derecho se puede hacer una distinción paralela que cumple exactamente las mismas funciones: la distinción entre lo que "es considerado" derecho y lo que "es" derecho (cuyos términos corresponden, en el mismo orden, a los términos de la distinción anterior).

Joseph Raz, quien, como vimos, advierte que algunos de los argumentos positivistas son circulares, ha ofrecido recientemente[21] un argumento que no está exento de caer en la misma circularidad: sostiene que el derecho es una institución social cuyos *tests* de identidad y existencia se apoyan en elementos de índole fáctica como son la eficacia, el carácter institucional y las fuentes. En especial, afirma Raz, el que el contenido y existencia de cada norma jurídica esté determinado por fuentes, es lo que permite de hecho explicar la distinción que comúnmente se hace entre un razonamiento jurídico —y las cualidades intelectuales que se ponen de manifiesto en su desarrollo— y la deliberación moral; también permite percibir la función del derecho de guiar conductas por medio de estándares que puedan ser identificados en forma pública. Sin embargo, si el derecho es o no una institución social y si sus *tests* de existencia e identidad son o no puramente fácticos depende de la adopción de un concepto descriptivo de derecho; bajo un concepto normativo, el sistema jurídico no es enteramente una institución social que pueda ser acotada sobre la base exclusiva de ciertos hechos. Por otra parte, lo que Raz dice acerca de la distintividad del razonamiento jurídico

[20] Ver su artículo "Legal Positivism and the Sources of Law", en *The Authority of Law*, citado.
[21] *Idem.*, pp. 42 ss.

y de la percepción de la función del derecho de guiar conductas a través de estándares públicamente asequibles, puede ser respondido en distintas formas por un defensor de un concepto normativo de derecho. Una de ellas consiste en decir que, en la medida que la concepción valorativa subyacente a ese concepto determina como obligatorias o justificadas las prescripciones o reglas que tienen cierto origen fáctico —como el estar dictadas por cierta autoridad—, un concepto normativo de derecho permite distinguir el tipo de razonamiento que (por remisión de consideraciones morales) toma en cuenta la promulgación de ciertas prescripciones del tipo de razonamiento que no toma en cuenta ese dato; también permite percibir que algunos estándares jurídicos son tales —o sea, están justificados como guía de conducta y de decisiones judiciales— no por su mérito intrínseco, sino porque satisfacen ciertas condiciones de origen que son valoradas por hacer posible la coordinación de conductas y, en última instancia, la cooperación social.

Creo que los argumentos decisivos en favor de un concepto descriptivo de derecho como el defendido por el positivismo son los que apelan a la necesidad, para ciertos fines de significación teórica y práctica, de concebir al derecho como un fenómeno social que interactúa con otros, de formar una clase conceptual integrada por todos los sistemas normativos que regulan el monopolio coactivo estatal (sea que a los miembros de esa clase se los denomine "derecho" o de cualquier otro modo). El contar con un concepto semejante es ineludible para un análisis perspicaz de toda organización social, y sociólogos y antropólogos recurren a él sin inquietarse demasiado por los reparos que despierta en sesudas discusiones filosóficas. Inclusive, un concepto descriptivo de derecho es iluminador para cierto tipo de examen valorativo de los sistemas jurídicos que dependen de la comparación con sistemas con rasgos fácticos comunes (el excluir de la clase de los sistemas jurídicos a aquellos sistemas moralmente deficientes, puede obscurecer algunos de los factores que los hace defi-

cientes, del mismo modo que si excluyéramos de la clase de los atletas a los mediocres y los incluyéramos en una clase diferente, sería más difícil su evaluación crítica —a lo mejor, el que estamos criticando es un *buen* especimen de la clase en la que hemos incluido).

Pero lo que interesa aquí no es demostrar la validez de los argumentos en favor de un concepto descriptivo de derecho sino hacer notar que, en el caso de ser válidos, esos argumentos de ningún modo implican que el empleo de un concepto normativo de derecho sea necesariamente inconveniente, ineficaz o perturbador en contextos en los que no se trata de explicar relaciones entre fenómenos sociales, ni siquiera de evaluar diferentes formas de organización social, sino —como ocurre, por ejemplo, en el caso de la deliberación judicial— de justificar acciones o decisiones. En este tipo de contextos se necesita un concepto que —para recurrir a la distinción de Richards —aluda a la *existencia* de ciertas razones y no a la mera *suposición* de otra gente de que hay tales razones (de nuevo, ese concepto puede o no ser expresado con el término "derecho"). Ese concepto puede hacer depender la identificación de las reglas aplicables de ciertos rasgos fácticos, pero sólo porque ellos son relevantes para la razón que las hace aplicables. Cualquier propiedad fáctica exigida por una definición descriptiva de "derecho" estará sólo contingentemente relacionada con la propiedad normativa de que la regla o el sistema *deban* ser reconocidos; como ésta es la propiedad distintiva que interesa en última instancia en contextos justificatorios, parece conveniente contar con una clase de reglas formada a partir de esta propiedad (o, al menos no se ve que ello sea inconveniente), sin perjuicio de contar también con conceptos descriptivos que destaquen diferentes propiedades fácticas de ciertas reglas. Tal vez el positivismo ideológico (la doctrina de que todo sistema coactivo eficaz debe ser reconocido y obedecido) no sea un fenómeno casual, sino el fruto de introducir un concepto descriptivo de derecho en contextos en los que se formulan enunciados jurídicos para expresar ra-

zones justificatorias, lo que resulta en una asociación inmediata entre las propiedades fácticas que el concepto destaca y la propiedad normativa que es relevante para el razonamiento práctico que concluye con cierta decisión.

Los iusnaturalistas no han conseguido probar satisfactoriamente este punto, sobre todo, según creo, por no haber advertido con claridad la naturaleza de la controversia con los positivistas. Por ejemplo, muchos han creído que la divergencia versa acerca de la fundamentación de los juicios morales o de justicia, cuando lo cierto es que los positivistas tienen diferentes posiciones sobre esta cuestión y no es un tópico sobre el que tomen partido *qua* positivistas. Otros iusnaturalistas han asumido que la disputa es acerca de si los jueces y la gente en general están moralmente obligados a aplicar u obedecer las prescripciones de todo sistema coactivo eficaz —la tesis de lo que Bobbio ha llamado 'positivismo ideológico'—, cuando los representantes más destacados del positivismo (tales como Bentham, Austin, Kelsen, Ross, Hart) nunca han sostenido que exista tal obligación moral indiscriminada o que pronunciarse en uno u otro sentido sobre esta cuestión sea distintivo del positivismo que ellos defienden.

John Finnis es un iusnaturalista de la escuela tomista que se distingue de los que comparten sus mismas ideas por advertir claramente que el núcleo de la controversia con los positivistas es de índole conceptual. Más aún, este autor es uno de los pocos que perciben la importancia de la adopción de un cierto punto de vista para la definición del concepto de derecho. Consecuentemente, Finnis propone tomar a esos efectos el punto de vista interno, pero no en la forma indiscriminada en que, según este autor, lo hace Hart, sino adoptando específicamente el punto de vista del hombre moral o 'razonable' que acepta las reglas del sistema por considerarlas moralmente justificadas. Teniendo en cuenta este punto de vista, Finnis ofrece[22] un significado central de "derecho" que hace referencia a reglas respaldadas por sanciones y reconocidas

[22] Ver *op. cit.*, p. 276.

por ciertas instituciones (entre otras propiedades fácticas) y que están dirigidas a resolver los problemas de coordinación de la comunidad en aras del bien común de esa comunidad, respetando ciertas exigencias que están adaptadas a la satisfacción de ese bien común. Finnis se preocupa especialmente por aclarar que con esto sólo pretende ofrecer el significado central o 'focal' de derecho, de modo que las propiedades mencionadas pueden darse en diferentes grados o, incluso, estar ausentes del todo, y la palabra puede ser aplicable lo mismo si se dan algunas de las restantes en cierto grado; de este modo, Finnis admite que un sistema moralmente aberrante puede ser derecho.[23]

Este autor adelanta varios argumentos en favor de una definición parcialmente normativa de "derecho" como la que él defiende, incluso para ser empleada en el ámbito de las ciencias sociales. Un argumento es que el punto de vista interno del hombre 'razonable' constituye el punto de vista frente al derecho más relevante, "porque sólo en tal punto de vista es una cuestión de suprema importancia que el derecho, a diferencia de otras formas de control social, se materialice, y se convierta así en objeto de la descripción del teórico".[24] Otro argumento es que el teórico que estudia la conducta de cierta gente no puede ignorar los conceptos que esa misma gente, cuando son razonables, han elegido para describirse a sí mismos lo que vale la pena hacer.[25] También Finnis alega que el teórico, en la elección de cierta materia de estudio y en la identificación de ciertos datos, está guiado por valoraciones y por exigencias de razonabilidad práctica.[26]

Aunque no es del todo claro para mí el alcance preciso de algunos de estos argumentos, es posible hacer algunas observaciones tentativas en respuesta a ellos. El primero de tales argumentos no parece ser suficiente para justificar la elección del punto de vista de quien adhiere al derecho. Si el in-

[23] *Op. cit.*, pp. 278-9.
[24] *Op. cit.*, p. 15.
[25] *Idem.*, p. 15.
[26] *Ibidem*, p. 16.

terés en materializar un fenómeno que puede ser objeto de atención teórica fuera relevante para la elección del punto de vista desde el cual definir el respectivo concepto, por ejemplo, la noción de delito debería definirse desde el punto de vista de los delincuentes (como un acto contrario a las leyes que es bueno o conveniente realizar). El segundo argumento tampoco parece convincente, puesto que, si bien el teórico social que estudia ciertas conductas no puede desconocer las conceptualizaciones de los propios agentes, esto no quiere decir que él mismo tenga que adoptar esos conceptos en la formulación de sus enunciados (esto es lo que sostengo que ocurre con Hart respecto del concepto de derecho: si bien describe el uso normativo de la expresión "derecho", intenta reconstruir un significado descriptivo). Por más razonables o moralmente sensibles que sean los individuos cuya conducta se investiga, pueden emplear conceptos que sean inadecuados para fines teóricos, sobre todo cuando los usan con una finalidad que no es teórica sino práctica —como ocurre con el uso de un concepto normativo de derecho para justificar acciones. El tercer argumento parece consistir en el alegato corriente sobre la incidencia de valoraciones en la elección de fenómenos científicamente relevantes: La respuesta, también corriente, es que esas valoraciones no tienen por qué reflejarse en la caracterización de los conceptos teóricos (por ejemplo, el hecho de que se estudien los terremotos por sus efectos perturbadores para la vida humana no implica que haya que definir "terremoto" como un fenómeno nocivo para las personas).

Creo que la inadecuación de estos argumentos de Finnis, si los entendí bien, se debe a que están dirigidos a demostrar algo distinto que lo que el autor necesita probar para defender su posición: En lugar de mostrar que un concepto normativo de derecho, como el defendido por el iusnaturalismo, es conveniente o, por lo menos, no inconveniente para ciertos efectos y en determinados contextos, Finnis quiere mostrar que un concepto descriptivo de derecho es inconveniente incluso

cuando es empleado en contextos teóricos descriptivos. Es claro que el presupuesto que está detrás de esta estrategia es el que estoy impugnando: que ambos conceptos son excluyentes y que la única forma de defender uno de ellos es descalificando el otro. Finnis es sensible a la variedad de funciones que el concepto usual de derecho cumple, pero, como asume que la reconstrucción teórica debe desembocar en la propuesta de un solo concepto, se ve obligado a proponer un concepto gradual y abierto, con el fin de que preserve las mismas aplicaciones que la noción del lenguaje corriente. Sin embargo, no creo que esa exigencia se satisfaga mediante el expediente de trocar la ambigüedad del uso corriente de "derecho" por una vaguedad de la noción reconstruida. Es probable que la mezcla de propiedades normativas y descriptivas en la connotación del concepto de derecho afecte la operatividad de esa noción en diferentes contextos. En el marco de investigaciones sociológicas, antropológicas, etcétera, parece ser innecesario y perturbador que para identificar ciertas técnicas específicas de control social haya que determinar si ellas contribuyen o contribuían, o no, al bien común (a lo sumo, podría ser relevante la propiedad descriptiva de que los autores o destinatarios de las normas en cuestión crean que ellas contribuyen al bien común). Por otra parte, en el contexto de la argumentación judicial, en el que se emplea el concepto de derecho para expresar razones que justifiquen decisiones, puede ser superfluo y equívoco tomar como relevante para la identificación de las reglas jurídicas la propiedad descriptiva constituida por su efectivo reconocimiento judicial. Creo que las finalidades que Finnis pretende satisfacer mediante un concepto gradual y abierto sólo se satisfacen eficazmente con la reconstrucción de varias nociones de derecho.

El abandono del presupuesto que estoy cuestionando permitiría reemplazar buena parte de las preocupaciones iusfilosóficas tradicionales por la preocupación de determinar cuáles son las exigencias que los distintos conceptos de derecho deben satisfacer para ser operativos en el tipo de discurso

para el que están destinados. Por ejemplo, una noción descriptiva de derecho que lo muestre como una institución social que interactúa con otras debe permitir distinguir las distintas funciones que esa institución cumple en ese proceso de interacción. Esto hace inadecuado un concepto como el de Kelsen que, por la estructura uniforme que asigna a las unidades elementales de un sistema jurídico, sólo permite percibir la función del derecho como técnica de disuasión de conductas. Para los fines mencionados, es necesaria una noción de derecho tal que refleje, entre otras cosas, no sólo el recurso a la coacción estatal para prevenir conductas indeseables, sino el hecho de que el Estado pone esa coacción a disposición de los particulares para que hagan valer los esquemas de cooperación en los que hayan entrado voluntariamente. Esto sólo se puede reflejar mediante un concepto que admita una variedad de normas jurídicas (uno de los requisitos que debe satisfacer un criterio de individualización de normas, junto con el de la manipulabilidad y el de cierta uniformidad de estructura, es el de reflejar las diversas funciones importantes del sistema en conjunto; Kelsen sacrifica el primer y tercer requisito en aras del segundo).[27]

Es posible que un análisis más perspicaz de estas exigencias definicionales conduzca a fundamentar la conveniencia de contar incluso con varios conceptos *descriptivos* de sistema jurídico, para satisfacer finalidades teóricas que no pueden ser satisfechas consistentemente por un único concepto. Recientemente, en un seminario de filosofía del derecho,[28] hubo dos exposiciones que pusieron de manifiesto dificultades teóricas que, aparentemente, sólo pueden ser superadas de ese modo.

Eugenio Bulygin señaló la divergencia que se produce en la integración de un sistema jurídico según uno tenga en cuenta las normas vigentes (sancionadas y no derogadas de acuerdo

[27] Ver Joseph Raz, *The Concept of a Legal System*. Oxford: Clarendon Press, 1970, y sobre todo el apéndice a la segunda edición, 1980.

[28] Efectuado en la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico en el invierno de 1980.

a los procedimientos previstos en el propio sistema) o las normas que, según ciertas otras normas vigentes del sistema, los jueces están obligados a aplicar. En la segunda alternativa, tendríamos que incluir normas derogadas pero que los jueces deben, no obstante, aplicar para juzgar ciertos hechos (por ejemplo, actos realizados antes de su derogación). Es evidente que una u otra de estas propiedades puede ser relevante desde diferentes puntos de vista: Un ciudadano que desea orientación sobre su comportamiento futuro necesita un concepto de sistema jurídico tal que éste esté expurgado de normas derogadas; un abogado que pretenda reconstruir las razones que son consideradas válidas para justificar decisiones judiciales, requiere un concepto de derecho tal que la derogación no afecte la pertenencia de una regla al sistema sino su campo de aplicabilidad.

Ricardo Guibourg, por su parte, sostuvo lo siguiente, al contestar una pregunta sobre si la ciencia jurídica es empírica o normativa: "Al situarnos en el ámbito habitualmente conocido como positivismo, nuestros problemas están lejos de haber terminado. Si ponemos el acento en lo empírico, construimos una ciencia realista, útil al sociólogo o al antropólogo, pero incapaz de proveer bases para las argumentaciones que constituyen la profesión del abogado. Si, en cambio, preferimos el aspecto normativo y sólo preservamos la referencia al acto legislativo como vínculo con el mundo empírico, nos veremos precisados a aceptar una ciencia ajena a la realidad viviente o nos enzarzaremos en controversias para determinar cuando un acto es creador de derecho o no lo es." De nuevo, aquí se muestra una cierta tensión entre exigencias que no pueden ser satisfechas por un único concepto descriptivo de derecho: Si elegimos como propiedad relevante el efectivo reconocimiento judicial —como sería de interés, por ejemplo, para un sociólogo— deberíamos incluir como parte del sistema a normas contradictorias con normas superiores, pero efectivamente aplicadas, y excluir a normas que, a pesar de estar dictadas de acuerdo a lo dispuesto por otras normas del

sistema, no son generalmente aplicadas; esto, como sugiere Guibourg, puede resultar perturbador para un abogado que necesita un concepto que ofrezca distinciones que permitan descalificar el primer tipo de normas e invocar el segundo. Si, por el contrario, tomamos como propiedad relevante —al menos para las normas derivadas— el que estén dictadas y no derogadas de acuerdo a lo prescrito por normas superiores, habremos constituido una noción de derecho que podrá satisfacer al abogado, pero resultará inoperante para el sociólogo, puesto que proporciona una imagen distorsionada de la realidad que se propone describir. Como ambas propiedades son sumamente relevantes en los contextos mencionados, y como ambas no pueden ser incorporadas plenamente en la connotación de un mismo concepto, la conclusión obvia es que estamos frente a exigencias definicionales que sólo pueden satisfacerse mediante nociones descriptivas parcialmente divergentes. Esto es, obviamente, relevante para superar la controversia 'realismo *vs.* normativismo'.

El mayor obstáculo que enfrenta la tesis que he tratado de defender en este trabajo es su absoluta obviedad. Los filósofos del derecho que se han desembarazado de prejuicios esencialistas[29] asumen sin vacilación un enfoque semejante para encarar el análisis de términos tales como los de 'obligación', 'derecho subjetivo', 'responsabilidad', etc.; en relación a estas expresiones se han producido análisis muy valiosos[30] que reconstruyen conceptos diferentes que responden a exi-

[29] Guido Pincione, en un interesante trabajo inédito, sostiene que la preocupación, aun en el caso de iusfilósofos tales como Ross y Hart, por definir ciertos conceptos, es muestra de la influencia del pensamiento esencialista. Creo que la reconstrucción racional de un aparato conceptual que cumpla las funciones del que está vigente en el lenguaje ordinario, sin padecer sus defectos, es una tarea legítima de la filosofía jurídica y que es perfectamente compatible con un enfoque convencionalista del origen de los conceptos. Sin embargo, como lo sugiero en el texto, es posible que haya cierta presuposición implícita de índole esencialista en la búsqueda de un único concepto de derecho, aunque también puede explicar esta tendencia teórica la idea de que hay un discurso jurídico paradigmático que la filosofía del derecho debe reconstruir —como el de la 'ciencia jurídica', en los países continentales, o de la administración de justicia, en Estados Unidos.

[30] Estoy pensando, por ejemplo, en el análisis que hace Kelsen de los diferentes conceptos de derecho subjetivo.

gencias distintas. No obstante, como lo he tratado de mostrar, no ocurre lo mismo con el término "derecho": aparte de señalar la ambigüedad referida a los significados de sistema jurídico, derecho subjetivo y ciencia del derecho, y aludir vagamente a la imposibilidad de definir un concepto preciso que funcione en todo contexto, los iusfilósofos adoptan posiciones y toman partido en controversias de un modo que sólo se explica por la férrea aspiración de determinar *el* concepto de derecho. Es como si subsistiera un último reparo a abandonar un enfoque absolutista respecto de la noción básica del esquema conceptual que debe reconstruirse, y cuya singularidad permitiría dar unidad a todo el sistema de conceptos (unidad que es, en cambio, perfectamente compatible con una pluralidad de nociones derivadas, como la de obligación jurídica). Creo que el panorama de la filosofía del derecho se despejaría considerablemente y cambiaría en forma substancial la naturaleza de los problemas a enfrentar si advertimos que la 'clientela' de la filosofía jurídica no está constituida por un solo discurso acerca del derecho (sea el de la ciencia jurídica o el de la sociología, o el de la administración de justicia, según las preferencias del filósofo), que se satisface mediante la reconstrucción de un aparato conceptual unitario, sino por una pluralidad de puntos de vista frente al derecho que requieren de distintos sistemas de conceptos.

SUMMARY

The main purpose of this article is to criticize a widely accepted methodological assumption made in legal philosophy, namely that there should be only one singular concept of law.

The author's contention is that many traditional problems about legal gaps, the notion of legal validity and most particularly the dispute between positivists and anti-positivists can be solved by the recognition that there are alternative concepts of law.

Finnis, Raz and Dworkin hold the view that Hart's concept of law is adequate only when used in internal statements. They consider it a normative concept that identifies legal rules through evaluative properties, that is to say, that a legal system includes the rules that ought to be applied by the judger according to the rule of recognition.

It is argued that Hart's concept of law is a descriptive one, *i.e.*, one that allows us to determine the existence and content of a legal system without any evaluative or moral considerations. Against Raz and Kelsen it is argued that only a descriptive concept of law satisfies the positivist theses.

The substancial point in the disagreement between positivism and natural law doctrines concerns the concept of law. Positivists opt for a pure descriptive concept, anti-positivists prefer a concept which includes moral or normative properties.

The author analyses carefully several arguments defending the purely descriptive notion of law and some of the arguments defending a partial normative definition. His main conclusion is that there is a common asumption in both positions, namely, that there must be only one absolute concept of law.

Once the essentialist prejudice in abandoned, Nino thinks that both concepts —normative and descriptive— do not exclude each other. According to the context and the problems one seeks to discuse there could even be a plurality of concepts of law available.

[*J. Esquivel*]